Der Begriff des Kaufmanns

nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

(H. G. B. § 1—7.)

Inaugural-Dissertation

der hohen

Juristenfakultät der Universität Tübingen

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

von

Paul Yelin

Justizreferendär in Stuttgart.

STUTTGART.

Druck von A. Bonz Erben

1902.

Der Begriff des Kaufmanns

nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

(H. G. B. § 1—7.)

Inaugural-Dissertation

der hohen

Juristenfakultät der Universität Tübingen

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

von

Paul Yelin

Justizreferendär in Stuttgart.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

STUTTGART.

Druck von A. Bonz Erben

1902.

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung.

I. Abschnitt.

Der Kaufmann.

I. Erfordernisse der Kaufmannseigenschaft
   a. subjektive,
   b. objektive.
II. Arten von Kaufleuten
   A. Kaufleute auf Grund des § 1 des H. G. B. (Musskaufleute),
   B. Kaufleute auf Grund der Eintragung der Firma in das Handelsregister:
      a. kraft notwendiger Eintragung (Sollkaufleute),
      b. kraft freiwilliger Eintragung (Kannkaufleute),
      c. fiktive Kaufleute.
III. Ueberblick.

II. Abschnitt.

Die Handelsgeschäfte.

A. Handelsgeschäfte nach dem alten H. G. B.
   a. objektive Handelsgeschäfte, oder „Einzelhandelsgeschäfte“,
   b. subjektive Handelsgeschäfte, „Gewerbehandelsgeschäfte“,
   c. accessorische Handelsgeschäfte, „Nebenhandelsgeschäfte“.
B. Handelsgeschäfte nach dem neuen H. G. B.
   a. reine Handelsgeschäfte,
   b. hypothetische Handelsgeschäfte.

III. Abschnitt.

Bedeutung der Eintragung der Firma.

A. Wirkung der Eintragung der Firma zu Recht:
   a. für Handelsgewerbe auf Grund des § 1 H. G. B., welche die Voraussetzungen des § 2 H. G. B. erfüllen,
   b. für Gewerbe, die, ohne unter H. G. B. § 1 zu fallen, die materiellen Voraussetzungen des § 2 H. G. B. erfüllen

B. Wirkung der Eintragung der Firma zu Unrecht:
a. für Handelsgewerbe auf Grund des § 1 H. G. B., welche die Voraussetzungen des § 2 H. G. B. nicht erfüllen.
b. für Gewerbe, die überhaupt keine Handelsgewerbe sind.
C. Ueberblick.

IV. Abschnitt.

Begriff der Kaufleute minderen Rechts gegenüber den Vollkaufleuten.

I. Allgemeines.
II. Vollkaufmann.
III. Minderkaufmann:
A. Handwerker.
B. Kleingewerbetreibende.
a. der im H. G. B. selbst gegebene Begriff.
b. Möglichkeit einer genaueren Festsetzung des Begriffs durch die einzelnen Landesregierungen.
IV. Unterschied in der rechtlichen Behandlung in Bezug auf:
a. Firma, Prokura, Handelsbücher,
b. einzelne Geschäfte, H. G. B. 348—351.
c. Gründung von Kommandit- u. offenen Handelsgesellschaften.
V. Ist Voll- und Minderkaufmannsqualität in einer Person möglich?
VI. Ueberblick.

Angeführte Litteratur.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Aufl. Stuttgart 1898.

Endemann: Handbuch des deutschen Handelsrechts. Leipzig 1881.

Gareis: Das deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. Berlin 1899.

Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. 1874.

Engelmann: Handels-, Wechsel- und Seerecht. 1899.

Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin 1886.

Thöl: Handelsrecht. 6. Aufl. Leipzig 1879.

Denkschrift über den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Aufgestellt im Reichsjustizamt (Guttentag, Berlin 1896).

Dickel, Karl: Bemerkungen zu dem Entwurf des neuen H. G. B. Berlin 1897.

Immerwahr, Paul: Der Minderkaufmann. Breslau 1893.

Kommissionsbericht. Bericht der 18. Kommission über den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs.

Materialien zum Handelsgeseszbuch. Band 6 der gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, von Hahn, fortgesetzt von Mugdan, Berlin 1897.

Schirrmeister: „Der Kaufmannsbegriff nach geltendem und künftigem deutschem Handelsrecht.“ Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Band 48 und 49.

Winter, Paul: Ueber die Gewinnabsicht als wesentliches Merkmal des Begriffs „Handelsgeschäft“. Breslau 1894.

Verhandlungen des 23. deutschen Handelstags zu Berlin (stenograph. Bericht). Berlin 1896.

Kommentare:

Goldmann: Kommentar z. H. G. B. Berlin 1901.

Düringer u. Hachenburg: Handelsgesetzbuch 1898.

Litthauer: Handelsgesetzbuch (Guttentags Verlag). Berlin 1898.

Lehmann u. Ring: Kommentar z. H. G. B. Berlin 1899.

Makower: H. G. B. u. Kommentar. 12. Aufl. Berlin 1899.

Staub: Kommentar 6 u. 7. Aufl. I. Berlin 1899.

Einleitung.

In dem neuen Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, das am 1. Januar 1900 im ganzen deutschen Reich in Geltung getreten ist, hat das Handelsrecht eine wesentliche und bedeutsame Umgestaltung erfahren, die von ausserordentlich weitgreifenden Wirkungen für unsern ganzen Handelsstand ist und eine tiefeinschneidende Bedeutung für unser gesamtes kaufmännisches Leben hat.

Den Anstoss zu dieser Aenderung gab die Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs, mit dem das Handelsgesetzbuch in Einklang gebracht werden musste.

Diese Gelegenheit ergriff der Gesetzgeber, um einen Teil der Vorschriften des alten Handelsgesetzbuchs, die sich als unzweckmässig erwiesen hatten und teilweise auch mit den modernen Verkehrsanschauungen im Widerspruch standen, neu zu regeln.

Um aber den Zweck: Uebereinstimmung zwischen dem Gesetz und den Bedürfnissen des praktischen Lebens zu erreichen, musste das Handelsrecht auf eine ganz neue Grundlage gestellt werden; dies geschah vor allem durch eine völlige Neugestaltung des Kaufmannsbegriffs, die im ersten Abschnitt des neuen Handelsgesetzbuchs in den §§ 1—7 erfolgte; die ausführliche Darstellung dieses Begriffes bildet den Gegenstand dieser Arbeit.

I. Abschnitt.

Kaufmann.

Das neue Handelsgesetzbuch definiert den Begriff des Kaufmanns, indem es in § 1 sagt:

„Kaufmann im Sinn dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt“;

es will also diesen Begriff nur für seinen eigenen Gebrauch, für sein eigenes Anwendungsgebiet festsetzen, nicht auch für andere Rechtsgebiete, insbesondere nicht für das Strafrecht.

Zweifellos ist die Begriffsbestimmung des Handelsgesetzbuchs zu Grund zu legen, wenn ein Gesetz nur zur Ausführung des Handelsgesetzbuchs dient[1], allein auch für sonstige, gleichzeitig oder später als das Handelsgesetzbuch erlassene Gesetze[2] wird diese Begriffsbestimmung im Zweifel massgebend sein, wenn nicht besondere Auslegungsgründe dagegen sprechen.[3]

I. Erfordernisse.

a. Besondere subjektive Erfordernisse, um die Eigenschaft als Kaufmann zu erlangen, werden vom Handelsgesetzbuch nicht aufgestellt, insbesonders wird nicht gefordert Zugehörigkeit zu einer Gilde oder Zunft, vielmehr genügt, um Kaufmann sein zu können, die Fähigkeit ein Handelsgewerbe zu betreiben und diese ist an und für sich enthalten in der Rechtsfähigkeit.

Da die Rechtsfähigkeit nun allen Personen zusteht, sowohl allen natürlichen[4] als auch jeder juristischen[5] (also allen Vereinen,

---

[1] Vergl. Lehmann und Ring I. S. 3 Nro. 1.

[2] und zwar sowohl Reichs- als Landesgesetze.

[3] Vergl. Staub S. 40.

[4] B. G. B. § 1.

[5] Die Rechtsfähigkeit ist ja gerade das Wesen der juristischen Person B. G. B. § 21; 22; 80; 89.

Stiftungen, Anstalten und den juristischen Personen des öffentlichen Rechts — Staat, Kirche, Gemeinde), so ist auch allen die Möglichkeit zum Betrieb eines Handelsgewerbes und dadurch zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft gegeben.

Die übrigen Vereinigungen ohne juristische Persönlichkeit sind wegen mangelnder Rechtsfähigkeit auch nicht fähig Kaufleute zu werden[1], unterliegen daher den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts.[2]

b. Voraussetzung der Kaufmannseigenschaft ist das Betreiben eines Handelsgewerbes.

Zu diesem Betreiben ist nicht erforderlich, dass der Betreibende selbst in dem Gewerbebetrieb thätig wird, dass er persönlich seine Arbeitskraft einsetzt; ebensowenig ist wesesentlich für die Kaufmannseigenschaft, dass dem Betreffenden das Kapital, die Betriebsmittel gehören: es kann jemand Kaufmann sein, der sein Handelsgewerbe ganz mit fremden Mitteln betreibt.

Nicht entscheidend ist auch für die Qualität einer Person als Kaufmann, ob sie das Risiko des Unternehmens trägt.

Das allein massgebende Kriterium ist vielmehr, dass das Geschäft im eigenen Namen[3] betrieben wird; Kaufmann ist wer aus den einzelnen Handelsgeschäften berechtigt und verpflichtet wird, das Subjekt der einzelnen im Handelsbetrieb erworbenen Forderungen und eingegangenen Verbindlichkeiten, kurz gesagt: Kaufmann ist der Inhaber des Handelsgewerbes, für den es

---

[1] Das gilt auch für offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften; diese sind Vereinigungen von Kaufleuten unter einer gemeinsamen Firma; es sind bei ihnen die einzelnen Mitglieder Kaufleute, nicht jedoch ist die offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft als solche Kaufmann; jedoch finden auf sie gemäss H. G. B. § 6 die in betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften Anwendung.

[2] B. G. B. § 54.

[3] Es muss dies nicht notwendig der bürgerliche Name des Inhabers sein; weicht der bürgerliche Name von der Firma ab, so ist der Inhaber der Firma Kaufmann und nicht der Träger des die Firma bildenden bürgerlichen Namens (Vergl. Staub Komm. S. 41 Anm. 5).

nach aussen[1] hin das eigene ist, der Prinzipal, der Inhaber der Firma.

Da somit eigene Thätigkeit nicht verlangt wird, so ist auch derjenige Kaufmann, in dessen Namen das Geschäft von andern betrieben wird, für den die Geschäfte von Vertretern geschlossen werden; Kaufleute können daher auch sein die Personen des § 104 B. G. B., also Kinder unter 7 Jahren, Geisteskranke, überhaupt Geschäftsunfähige. An ihrer Stelle handelt ihr gesetzlicher Vertreter,[2] dessen Vertretungsmacht sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts richtet.

Ebenso kann die Kaufmannseigenschaft zustehen einem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten, einem Minderjährigen, der das siebente Lebensjahr vollendet hat,[3] [4] — einem wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten[5] — oder nach B. G. B. § 1906 unter vorläufige Vormundschaft Gestellten.

Inwieweit diese Personen Handelsgeschäfte gültig vornehmen oder zum selbständigen Betrieb eines Handelsgewerbes ermächtigt werden können,[6] in wie weit der gesetzliche Vertreter für sie zu handeln befugt ist, richtet sich alles nach den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Keine besonderen Vorschriften enthält das H. G. B. vom 10. Mai 1897 mehr[7] über die Handelsfrau (femina mercatrix);

---

[1] Vergl. Thöl § 28 Anm. 1, — Cosack, S. 25. Abs. 4, — Goldmann S. 3, Anm. 2 I.

[2] Inhaber der elterlichen Gewalt B. G. B. § 1630, — Vormund § 1793, — Pfleger § 1897, — Beistand § 1909.

[3] Der Minderjährige kann nicht durch den thatsächlichen Betrieb eines Handelsgewerbes ohne die Ermächtigung seines Gewalthabers sich zum Kaufmann machen, vergl. Cosack S. 58 IIIb, — Staub S. 42 Anm. 10; s. u. S. 15.

[4] B. G. B. § 106.

[5] B. G. B. § 114.

[6] B. G. B. § 112.

[7] Die Bestimmungen des alten H. G. B. Art. 6—9 sind durch die Vorschriften des B. G. B., nach welchen beide Geschlechter in Ansehung der Geschäftsfähigkeit einander grundsätzlich gleichgestellt sind, unnötig geworden. Vergl. Lehmann und Ring S. 10 Nr. 21, — Goldmann S. 6 Anm. 3.

alles was im Gesetzbuch über den Kaufmann gesagt ist, gilt auch für die Frau, die ein Handelsgewerbe betreibt; sie ist dem Mann handelsrechtlich vollkommen gleichgestellt und hat daher sämtliche Rechte und Pflichten eines Kaufmanns. Vor allem erlangt dieselbe die Eigenschaft als Kaufmann ebenso wie der Mann durch die blose Thatsache des Betriebs eines Handelsgewerbes, also auch als Ehefrau ohne Einwilligung[1] ihres Ehemanns.

Die Lösung der Komplikationen, die sich aus der Stellung als Kauffrau einerseits und als Ehefrau andererseits für das Verhältnis der Ehegatten untereinander, insbesondere in Beziehung auf das eheliche Güterrecht ergeben, ist Sache des B. G. B.[2] und fällt daher ausserhalb des Rahmens unserer Erörterung.

Die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft sind als solche Kaufleute,[3] ebenso die persönlich[3] haftenden Mitglieder einer Kommanditgesellschaft, während über die Kaufmannseigenschaft der Kommanditisten einer gewöhnlichen Kommanditgesellschaft Streit herrscht.[4]

Nicht sind Kaufleute die stillen Gesellschafter, da ihr Name nach aussen hin nicht in Erscheinung tritt, ebensonicht die Mitglieder von Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit als solche, da bei diesen das Handelsgewerbe im Namen der juristischen Person

---

[1] Wie die Einwilligung, so ist auch die Untersagung durch den Ehemann für die Eigenschaft der Ehefrau als Kaufmann unerheblich, dieselbe erzeugt nur die Verpflichtung zur Einstellung des Gewerbebetriebes. Vergl. Lehmann und Ring I. S. 11 Nro. 21.

[2] Vom B. G. B. vor allem behandelt in den §§ 1395—1399; 1412; 1442; 1443; 1452; 1459—1462; 1530—1533; 1549; 1405; 1401; 1402.

[3] Denn sie betreiben das Handelsgewerbe im eigenen Namen resp. unter eigener Firma.

[4] Die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller ist gegen die Kaufmannseigenschaft der Kommanditisten, so: Goldmann S. 4 I, — Düringer und Hachenburg S. 26, — Staub (entgegen seiner Annahme in Aufl. 1—5 S. 42) 6. Aufl. Die Begründung ist eine verschiedene (Staub: weil er nicht seine volle Rechtspersönlichkeit einsetze; Dür. u. Hach.: da er nicht nach aussen als Geschäftsmann auftrete.) — Für die Kaufmannseigenschaft desselben Makower S. 3 E; — Lehmann und Ring S. 7 Anm. 13.

betrieben wird, also auch diese Kaufmann ist und nicht die einzelnen Mitglieder.

Da sie das Handelsgewerbe nicht im eigenen Namen führen, so sind auch keine Kaufleute im Rechtssinn z. B. Prokuristen, gesetzliche Vertreter[1] Geschäftsunfähiger oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter, Vorsteher von Aktiengesellschaften etc., vielmehr kommt bei diesen die Kaufmannseigenschaft stets den vertretenen Personen zu.

Die Kaufmannsqualität ist geknüpft an den Betrieb eines Handelsgewerbes; als solches aber erscheint jeder Gewerbebetrieb, der den vom Handelsgesetzbuch in den §§ 1, 2 und 3 Abs. 2 aufgestellten Voraussetzungen entspricht.

Gewerbebetrieb ist eine Thätigkeit, deren Zweck ein Erwerb[2] ist und die sich in äusserlich erkennbarer Weise als auf die Dauer berechnet darstellt;[3] unter Gewerbe ist eine in einer bestimmten Richtung anhaltend fortgesetzte Erwerbsthätigkeit zu verstehen.[4] Es gehört dazu ein einheitlicher Wille, der die Gesamtheit der zu dem Gewerbe gehörigen Geschäfte umfasst. Der Gewerbswille[5] ist das Band, das alle einzelnen Erwerbsgeschäfte einheitlich umschlingt; wo dieses Band fehlt, wo sich also die

---

[1] Sobald dieselben jedoch das Handelsgewerbe im eigenen Namen betreiben, sind sie Kaufleute.

[2] Vergl. Denkschrift S. 13.

[3] E. vom 29. Okt. 1896, R. G. Bd. 38 S. 20: „Zur Gewerbsmässigkeit gehört, dass die Absicht nicht auf die einzelnen vorkommenden Geschäfte, sondern einheitlich auf den ganzen Komplex von Geschäften, auf die ganze Reihe der, im Willen verbundenen, Geschäfte gerichtet ist und dass ferner die Absicht dahin geht aus dieser Thätigkeit eine dauernde Einnahmequelle zu machen."

[4] Behrend, Lehrb. I § 23 S. 93 sagt: Gewerbe ist eine Thätigkeit, die in der Absicht unternommen wird, sie zu einer regelmässigen Quelle des Einkommens oder des Erwerbs zu machen; — Thöl I. § 30 S. 119: Die Absicht des Gewinns ist dem Gewerbe wesentlich. Ebenso Winter: Ueber die Gewinnabsicht als wesentliches Merkmal des Begriffes Handelsgeschäft; — ferner Staub S. 43 Anm. 13; — Lehmann und Ring S. 4 Anm. 4—7 u. A.

[5] Vergl. Goldschmidt Hb. S. 454 § 43.

einzelnen Geschäfte als unzusammenhängende, nur gelegentliche darstellen, wo sie nicht von einem einheitlichen Gesichtspunkt aus unternommen werden, da liegt trotz häufiger Vornahme kein Gewerbe vor. Wenn z. B. ein Sportsmann, der einen grossen Rennstall besitzt, noch so viele Pferde kauft, dieselben prüft und dann die Untauglichen wieder verkauft, so liegt kein Handelsgewerbe vor, auch wenn er bei dem einzelnen Verkauf einen Gewinn zu erzielen beabsichtigt; denn sein Wille war nicht von vornherein auf den Wiederverkauf gerichtet, er will keinen Pferdehandel treiben, sondern verkauft nur gelegentlich, was für ihn selbst untauglich ist, die einzelnen Geschäfte haben keinen inneren Zusammenhang, er will nicht Kaufmann sein, hat keinen einheitlichen Gewerbewillen.

Andererseits ist zu sagen, dass ein Gewerbe vorliegen kann, ohne dass der Gewerbebetrieb den ausschliesslichen, oder auch nur den Hauptberuf oder die Haupteinnahmequelle des Betreffenden bildet; z. B. ein Schuldiener betreibt daneben einen Handel mit Schreibheften und Schreibfedern.

Kein Gewerbe im Sinn des Handelsgesetzbuchs ist die künstlerische oder wissenschaftliche Thätigkeit, auch wenn sie auf Erwerb gerichtet ist.[1]

Handelsgewerbe und damit Kaufmannseigenschaft für den Inhaber sind stets vorhanden, wenn den bisher aufgestellten Erfordernissen genügt ist, ohne Rücksicht darauf, ob die Berechtigung zum Handelsbetrieb durch die Vorschriften des öffentlichen Rechts ausgeschlossen oder von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht ist:[2] H. G. B. § 7. Diese sind von Bedeu-

---

[1] Maler, Arzt, Bechtsanwalt; vergl. D. S. 15.

[2] H. G. B. § 7 enthält eine Erweiterung gegenüber dem Art. 11 des a. H. G. B., welcher lautete: Durch die Landesgesetze, welche in gewerbepolizeilicher oder gewerbesteuerlicher Beziehung Erfordernisse zur Begründung der Eigenschaft eines Kaufmanns oder besonderer Klassen von Kaufleuten aufstellen, wird die Anwendung der Bestimmungen des Gesetzbuchs nicht ausgeschlossen, ebenso werden jene Gesetze durch dieses Gesetzbuch nicht berührt.

tung nur für die Befugnis zum Gewerbebetrieb, nicht für die Eigenschaft des Gewerbetreibenden als Kaufmann.

Zwar herrscht im Prinzip auch der Gedanke der allgemeinen Gewerbefreiheit, jedoch ist diese durch die positive Gesetzgebung wesentlich beschränkt[1] und zwar aus objektiven und subjektiven Gründen.

Die Gewerbeordnung trifft für eine ganze Reihe von Gewerben Anordnungen, wodurch sie die Betriebsbefugnis an staatliche Genehmigung, Approbation, Konzession etc. bindet,[2] andere dürfen nicht im Umherziehen betrieben werden.

Oeffentlich rechtlich ist auch das Verbot des Gewerbebetriebs für gewisse Personen um ihrer amtlichen Stellung willen.[3]

Aber durch alle diese Vorschriften des öffentlichen Rechts wird die Kaufmannseigenschaft gar nicht berührt; auch wer ohne staatliche Genehmigung ein konzessionsbedürftiges Handelsgewerbe betreibt, wer unter Verletzung der gewerbe- und steuerpolizeilichen Vorschriften, oder als Reichs- oder Staatsbeamter, oder als Angehöriger des Soldatenstandes entgegen den für diese geltenden Verbotsgesetzen ein Gewerbe betreibt, das nach den Vorschriften des H. G. B. als Handelsgewerbe anzusehen ist, erlangt dadurch Kaufmannseigenschaft: H. G. B. § 7.

Nicht unter § 7, der nur von öffentlich rechtlichen Vorschriften handelt, fallen die privatrechtlichen Verbote des Handelsgesetzbuchs, die gewissen Personenklassen, um ihrer geschäftlichen[4] Stellung willen den Betrieb von Handelsgewerben untersagen, jedoch ebenfalls die Erzeugung[5] der Kaufmannseigen-

[1] Gew. O. § 1 sagt: Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Einschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.

[2] Vergl. Gew. O. § 14—54, § 55—63.

[3] Reichsmilitärgesetz § 43, — Reichsbeamtengesetz § 16.

[4] H. G. B. § 60 (Handlungsgehilfen); — § 76 (Handlungslehrling); — § 236 Mitglied des Vorstands einer Atiengesellschaft; — § 326 persönlich haftender Gesellschafter der Kommanditgesellschaft auf Aktien.

[5] entweder die direkte Erzeugung oder die Verpflichtung zur Eintragung gemäss § 2. H. G. B.

schaft durch den verbotswidrig vorgenommenen Betrieb nicht verhindern.[1]

Wer sich aus dem Abschluss von Geschäften ein Gewerbe macht, die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts nichtig sind, sei es nun um ihrer selbst willen[2] oder wegen der Geschäftsunfähigkeit, resp. beschränkten Geschäftsfähigkeit[3] des sie vornehmenden Subjekts, wird dadurch natürlich nicht Kaufmann, denn da allen einzelnen Geschäften die Giltigkeit und die rechtliche Wirkung versagt ist, so muss dies selbstverständlich auch für den aus ihnen bestehenden Gewerbebetrieb der Fall sein.

II. Die verschiedenen Arten von Kaufleuten.

Während im alten H. G. B. Art. 4 die Kaufmannseigenschaft auf einer einheitlichen Grundlage beruhte, nämlich einzig und allein durch den gewerbsmässigen Betrieb einer in Art. 271 genau bestimmten Anzahl von Handelsgeschäften begründet wurde, kennt das neue H. G. B. verschiedene Entstehungsgründe.

Aufgebaut ist der Begriff des Kaufmanns im neuen H. G. B. nicht mehr auf dem Begriff des Handelsgeschäfts, sondern auf dem des Handelsgewerbes:[4] jeder Handelsgewerbebetrieb verleiht Kaufmannseigenschaft. Demnach unterscheiden wir soviel Arten von Kaufleuten, als Arten von Handelsgewerben und da sind zunächst zwei grosse Gruppen zu bemerken:

---

[1] Die anderweitigen Rechtsfolgen kommen für unser Thema nicht in Betracht.

[2] B. G. B. § 134, — 138 z. B. Wucher.

[3] z. B. der Minderjährige, der ohne Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters ein Gewerbe betreibt. Vergl. Cosack S. 58b. Anm., — Gareis S. 52. Anm. 2, — Staub Komm. S. 42. Anm. 10.

[4] Gründe für diese Aenderung s. u. S. 32 ff. — Staub Komm. S. 40B: „Das geschah um die Kaufmannsqualität nicht mehr bloss durch den gewerbemässigen Betrieb einer geschlossenen Zahl von Handelsgeschäften, sondern unter Umständen durch den Betrieb jedes kaufmännisch betriebenen gewerblichen Unternehmens zu begründen.“

A. Kaufleute ohne Eintragung der Firma.

(Musskaufleute.[1] H. G. B. § 1 Abs. 2.)

Im § 1 Abs. 2 führt das neue H. G. B. eine ganze Reihe von Geschäften auf, deren gewerbemässiger Betrieb ohne weiteres die Eigenschaft als Handelsgewerbe mit sich bringen soll[2]: es sind dies die sogenannten Grundhandelsgeschäfte: H. G. B. § 1, Ziffer 1—9.

Die auf ihnen beruhenden Handelsgewerbe werden daher reine, natürliche Handelsgewerbe oder Handelsgewerbe „kraft Gewerbes" genannt; sie erzeugen die Kaufmannseigenschaft unmittelbar durch die thatsächliche Eröffnung des Betriebs; dieselbe erlischt von selbst mit der Einstellung des Gewerbebetriebs, überhaupt mit dem Wegfall eines der sub. I aufgezählten Erfordernisse[3].

Eine rechtliche Vermutung, dass jemand, der Kaufmann nach § 1 gewesen ist, es auch verbleibe, besteht nicht; wer daher Kaufmannseigenschaft auf Grund des § 1 behauptet, der muss auch beweisen, dass der Betreffende zur fraglichen Zeit Grundhandelsgeschäfte gewerbsmässig betrieben habe und dies nicht in Ausübung der Land- oder Forstwirtschaft.

Die hier dargestellte Gruppe von Kaufleuten verdankt ihre Kaufmannseigenschaft im Wesentlichen[4] Handelsgewerben, die sich aus solchen Handelsgeschäften zusammensetzen, deren gewerbsmässiger Betrieb auch nach dem alten H. G. B. zum Kauf-

---

[1] Da sie notwendiger Weise Kaufleute sind, ob sie wollen oder nicht; — kraft Gesetzes.

[2] Ausnahme in § 3 Abs. 2. H. G. B.

[3] Z. B. mit der Eröffnung des Konkurses, da ihr zufolge die Gewerbsmässigkeit des Betriebes wegfällt. Vergl. Düringer und Hachenburg S. 37 XV, — Staub S. 45. A. 24.

[4] Gestrichen ist im n. H. G. B. nur das Darlehen gegen Verbodmung: a. H. G. B. Art. 271 Nr. 4, während Lagerhalter und Schleppschiffahrtsunternehmer neu hinzugefügt worden sind. H. G. B. § 1. Nr. 5 und 6.

mann gemacht hatte; aber während sie dort den gesammten[1] Kreis der Kaufleute gebildet hatte, stellt sie nach neuem Recht nur noch einen Teil derselben dar.

Die Notwendigkeit einer Erweiterung des Kaufmannsbegriffs hatte sich ergeben vor allem dadurch, dass durch die exklusive Aufzählung der Handelsgeschäfte im alten H. G. B. eine ganze Anzahl von Betrieben, die nach den Verkehrsanschauungen und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung durchaus zu den Handelsgewerben gehörten und auch sehr wohl allen an ein kaufmännisches Unternehmen zu stellenden rechtlichen Anforderungen entsprechen konnten, von der Anwendung des Handelsrechts ausgeschlossen waren, ihr Betrieb mochte ein noch so ausgedehnter und umfangreicher sein; es war ihnen keine Möglichkeit gegeben, die Eigenschaft von Handelsgewerben zu erlangen, nur weil die in ihnen betriebenen Geschäfte zufällig nicht in der Tabelle der Art. 271 und 272 alten H. G. B. aufgezählt waren.

Diesem, den modernen Anschauungen und den Bedürfnissen des Verkehrslebens nicht mehr entsprechenden Zustand hat nun das neue H. G. B. in geradezu meisterhafter Weise abgeholfen[2].

Zur Erreichung des erstrebten Zweckes, der Erzielung möglichster Uebereinstimmung der gesetzlichen Definition mit dem, was der Verkehr als Handelsgewerbe ansieht, hätte eine Ergänzung und Vermehrung der Grundhandelsgeschäfte nicht führen können, da jede derartige kasuistische Aufzählung an einer gewissen Willkürlichkeit leidet und bei der Vielseitigkeit und Kom-

---

[1] Es wird hier immer abgesehen von den Gesellschaften, denen als solchen, auch schon bisher, Kaufmannseigenschaft zukommt.

[2] Die Denkschrift S. 8 bemerkt hiezu: „Der Grund der meisten handelsrechtlichen Vorschriften beruht weniger auf einer besondern Eigentümlichkeit der einzelnen Geschäftsoperationen, aus denen sich der Handelsbetrieb zusammensetzt, als vielmehr auf der Art dieses Betriebs selbst, namentlich auf dem Zusammentreffen zahlreicher sich gegenseitig bedingender Geschäfte etc. — Haben sich auch diese Bedürfnisse am frühesten und entschiedensten in dem zum Handel im engeren Sinn gehörenden Verkehr geltend gemacht, so sind doch mit der fortschreitenden gewerblichen Entwicklung ähnlichen Verhältnisse bei vielen andern Arten gewerblicher Unternehmungen hervorgetreten."

pliziertheit des modernen Verkehrslebens nicht einmal alle bestehenden, geschweige denn erst neu sich bildende Formen berücksichtigen kann.

So hat denn auch das neue H. G. B. in richtiger Erkenntnis davon abgesehen; es hält im Allgemeinen[1] fest an den bisherigen Grundhandelsgeschäften, die nach wie vor bei gewerbsmässigem Betrieb Kaufmannseigenschaft verleihen sollen, lässt sich jedoch an diesen tabellarisch fixierten Handelsgewerben nicht genügen, sondern öffnet sämmtlichen[2] gewerblichen Unternehmungen, auch den bisher ausgeschlossenen und erst in Zukunft sich bildenden Formen bei Erfüllung gewisser, in § 2 H. G. B. aufgeführter Voraussetzungen die Thüre des Handelsgewerbes.

Dies wird erreicht durch die Schaffung einer ganz neuen Art von Handelsgewerben, der Handelsgewerbe auf Grund der Eintragung der Firma in das Handelsregister.

B. Kaufleute kraft Eintragung der Firma[3] in das Handelsregister.

Diese Gruppe von Kaufleuten, welche dem alten Handelsgesetzbuch ganz fremd war, umfasst vor allem solche Gewerbetreibende, deren Betrieb nicht in dem Abschluss von Grundhandelsgeschäften des § 1 H. G. B. besteht, deren Gewerbe sich vielmehr mit beliebigen anderen Geschäften befasst; dazu treten noch die Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft und die staatlichen und kommunalen gewerblichen Unternehmungen; jedoch kommt ihnen allen die Kaufmannseigenschaft nur auf Grund der Erfüllung verschiedener Voraussetzungen zu.

a. Sie müssen ein gewerbliches Unternehmen[4] betreiben,

[1] Vergl. oben S. 16 Anm. 4.

[2] mit Ausnahme der in H. G. B. § 3 Abs. 1 genannten.

[3] Der Ausdruck des Gesetzes: „Eintragung der Firma" ist inkorrekt, da eine rechtmässige Firma für die Betriebe des § 2 ja erst durch die erfolgte Eintragung entsteht.

[4] Gewerbliches Unternehmen ist gleichbedeutend mit Gewerbebetrieb. s. o. S. 17 f.; vergl. Goldmann S. 20 I.

das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und ausserdem muss die Firma des Unternehmers im Handelsregister eingetragen worden sein.

b. „Ob ein Unternehmen nach Art[1] und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, braucht im Gesetz nicht näher bestimmt zu werden."

„Die Notwendigkeit einer nach kaufmännischen Grundsätzen geordneten Buchführung, der Gebrauch einer Firma, die Art der Korrespondenz, der Kassenführung und Zahlungsleistungen, die Verwendung gewisser Arten von Hilfspersonen und dergl. mehr gewähren genügende Anhaltspunkte."[2]

Was den Umfang anbetrifft, so muss der Betrieb über den Kleinbetrieb hinausgehen, muss seinem Inhalt nach Grossgewerbe[3] sein.

Unwesentlich ist, ob der Geschäftsbetrieb thatsächlich in kaufmännischer Weise eingerichtet ist, es genügt vielmehr, dass das Erfordernis des kaufmännischen Betriebs vorliegt.[4]

---

[1] Staub S. 63 Anm. 7 lässt für die Notwendigkeit der kaufmännischen Organisation den Umfang allein entscheiden und erklärt die Kumulierung von Art und Umfang für bedeutungslos und unverständlich, während Düringer und Hachenburg (S. 29. aa) interpretieren: Durch die Art des Gewerbebetriebs werde sein Charakter als kaufmännischer gegenüber dem Handwerk, der Land- und Forstwirtschaft, den wissenschaftlichen und künstlerischen Erwerbszweigen hervorgehoben. — Auch Lehmann und Ring S. 31 Nro. 5 legen, wie die Denkschrift an der hier citierten Stelle, dem Wort „Art" Bedeutung bei; ebenso Makower S. 14 IV, — Goldmann S. 21 2a sagt: „Der Umfang allein wäre zur Charakterisierung des Betriebs nicht genügend: mit der Art des Betriebs ist ein Hinweis auf das Kaufmännische desselben gegeben.

[2] Denkschrift S. 11.

[3] S. u. S. 45 ff.

[4] Ist das der Fall dann kann der Unternehmer auch zur thatsächlichen Einführung des kaufmännischen Betriebs gezwungen werden, denn er muss nach § 2 Satz 2 seine Eintragung herbeiführen, dadurch wird er Grosskaufmann und als solcher ist er zum kaufmännischen Geschäftsbetrieb (Buchführung etc.) verpflichtet.

Aber auch wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, liegt noch kein Handelsgewerbe vor,[1] es muss vielmehr hinzutreten die Eintragung der Firma des Unternehmers in das Handelsregister; erst durch diese wird das Gewerbe zum Handelsgewerbe, der Unternehmer zum Kaufmann.

Je nachdem nun diese Eintragung vom Registerrichter erzwungen werden kann oder im freien Belieben des Unternehmers steht, unterscheiden wir zwei Hauptarten von Registerkaufleuten:

a. Kaufleute kraft notwendiger Eintragung.
(Sollkaufleute. H. G. B. § 2.)

Liegen die eben genannten Voraussetzungen vor, ist also ein nach Art und Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erforderndes Unternehmen vorhanden, so ist der Inhaber verpflichtet, die Eintragung der Firma in das Handelsregister vornehmen zu lassen.

Die Erfüllung dieser Verpflichtung kann vom Registerrichter mittels Ordnungsstrafen[2] erzwungen werden.

Damit ist nun das Mittel gegeben, die nach § 1 H. G. B. noch vorhandene Lücke auszufüllen und sämtliche Betriebe zu Handelsgewerben zu machen, die diese Stellung wirklich ver-

[1] Vergl. D. S. 12: „nur dieses Merkmal entscheiden zu lassen ist indessen nicht ratsam. Unter Umständen würde es dabei den Beteiligten doch an einer sicheren Grundlage für die Beurteilung der Frage fehlen, ob ein Unternehmer als Kaufmann anzusehen ist. Die Grundlage wird am besten durch das weitere Erfordernis der Eintragung in das Handelsregister geschaffen."

[2] Dieses Mittel hält Schirrmeister (Zeitschrift für das ges. Handelsrecht Bd. 49 S. 44 f) nicht für hinreichend: „Will jemand, dessen gewerbliches Unternehmen die sachlichen Voraussetzungen des § 2 erfüllt, durchaus seine Unterstellung unter das Handelsrecht hintertreiben, so wird er sich auch durch Ordnungsstrafen nicht bewegen lassen, seiner Anmeldepflicht nachzukommen und seinem Gewerbe das gesetzliche Kennzeichen eines kaufmännischen Unternehmens zu geben." Schirrmeister hält es für erforderlich, dass nach erfolgloser Anwendung der Ordnungsstrafen der Registerrichter von Amtswegen den Firmeneintrag vornehmen darf oder ein richterliches Urteil den fehlenden Antrag ersetzen kann. Diesem Vorschlag, der eine sachgemässe Lösung bringen würde, kann nur beigestimmt werden.

dienen, aber nicht unter eine der Nummern des Katalogs der Handelsgeschäfte fallen.

Das ist vor allem wichtig für die industriellen Betriebe, die ausschliesslich selbstgewonnene Rohstoffe verarbeiten,[1] so Ziegeleien, Thonwaren — und Porzellanfabriken, Rübenzuckerfabriken, die ihren Bedarf an Rüben selbst bauen etc., die Gewerbebetriebe die Bergbau,[2] Betrieb von Brüchen, Gruben, Salinen zum Gegenstand haben, überhaupt die Urproduzenten; ferner Auskunftsbureaus und Leihbibliotheken, gewerbsmässiger Handel mit Grundstücken und das Gewerbe der Immobilienmäkler, ebenso Bauunternehmer[3].

Ihnen allen ist nun, sobald ihr Umfang einen kaufmännisch organisierten Geschäftsbetrieb erfordert, durch die Eintragung der Firma die Möglichkeit und die Pflicht zur Erlangung der Eigenschaft von Handelsgewerben gegeben.

Diese Kaufmannseigenschaft beginnt mit der Eintragung und dauert solange, als ihre Voraussetzungen gegeben sind; sie endigt vor allem durch die rechtmässige Löschung der Firma im Handelsregister, die nur auf Grund der Aufgabe des Betriebs oder einer solchen Verkleinerung desselben erfolgen darf, dass derselbe einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht mehr erfordert; aber auch ohne Löschung beim Wegfall einer dieser materiellen Voraussetzungen.[4]

Wird die Firma dagegen zu Unrecht gelöscht, so geht da-

[1] Vergl. Denkschrift S. 9.

[2] Vergl. jedoch auch E. G. z. H. G. B. Art. 5 und hiezu Denkschrift S. 16 und 17.

[3] Von besonderer Bedeutung wird § 2 durch die Aufhebung des Grundsatzes des Art. 275 a. H. G. B.; wonach Verträge über Immobilien keine Handelsgeschäfte sein konnten. Die D. S. 10 sagt darüber: „Grundstücke sollen allerdings keinen regelmässigen Gegenstand des Handelsverkehrs bilden, ebenso versteht es sich, dass die für die Uebertragung und Belastung von Grundstücken geltenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts unberührt bleiben müssen; hiedurch rechtfertigt es sich aber keineswegs die Geschäfte über unbewegliche Sachen unbedingt vom Handelsrecht auszuschliessen.“ Dür. u. Hachenb. S. 38.

[4] Ueber die Wirkung der zu Unrecht fortbestehenden Eintragung s. u. bei § 5. S. 40 ff.

durch die Kaufmannseigenschaft nicht[1] unter; dieselbe dauert vielmehr trotzdem solange fort, als das Gewerbe im nötigen Umfang fortbetrieben wird; das Fortbestehen der Eintragung ist also nicht notwendiges Erfordernis für das Fortbestehen der Kaufmannseigenschaft des § 2; der Eintrag ist Voraussetzung der Entstehung, nicht des Bestehens.[2]

Das bringt das Gesetzbuch dadurch zum Ausdruck, dass es sagt: „Sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen worden ist."

Da dieser Wortlaut des Gesetzes, nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch gefasst, den Streit unzweifelhaft zu Gunsten unserer Auslegung entscheidet, so stellen die Gegner teilweise die Behauptung auf, der Ausdruck — „eingetragen worden ist" — sei identisch mit „eingetragen ist", enthalte also nicht auch das „früher einmal eingetragen war"[3]. Dies dürfte jedoch auf das Entschiedenste zu bestreiten sein[4]. Da bei der Auslegung eines Rechtssatzes eine Abweichung von dem, aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauch sich ergebenden Sinn nur dann angenommen werden darf, wenn die grammatikalische Interpretation der Worte mit der logischen in Kollision gerät, wenn sonach letztere eine Umdeutung des Wortlauts dem regelmässigen Sprachgebrauch gegenüber erfordert; hier aber gibt der Wortlaut des Gesetzes auch nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch einen recht guten

---

[1] Es ist das eine grosse Streitfrage; a. M. Staub S. 66 ob., — Düringer und Hachenburg I S. 42 IX, — Makower S. 20 III; — Goldmann S. 28 c. — Unserer Ansicht: Denkschr. S. 15., — Cosack S. 36 IV, — Litthauer S. 10, — Lehmann u. Ring S. 37, Nr. 8.

[2] Nach der andern Ansicht ist, solange die Firma infolge unrechtmässiger Löschung nicht eingetragen ist, keine Kaufmannseigenschaft vorhanden.

[3] Vergl. Makower S. 20 III.

[4] Auch Staub S. 66 Anm. 14 fasst das „eingetragen worden ist" nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, sagt jedoch, damit seien nur die Voraussetzungen der Entstehung der Kaufmannsqualität aufgestellt worden; für das Erlöschen entscheide dieser Wortlaut nicht, sondern anderweite sachliche Erwägungen.

Sinn. Es wird also dem Willen des Gesetzes entsprechen bei einer zu Unrecht erfolgten Löschung der Firma eines Kaufmanns Fortdauer der Kaufmannsqualität anzunehmen, solange das Gewerbe in dem erforderlichen Umfang fortbetrieben wird. Der Unternehmer bleibt verpflichtet, seine Firma wieder eintragen zu lassen und der Registerrichter hat mittels Ordnungsstrafen die Wiedereintragung zu erzwingen[1].

Aber nicht alle gewerblichen Betriebe, die nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern, können zur Eintragung gezwungen werden, eine Ausnahme enthält § 3 des H. G. B.

b. Kaufleute kraft freiwilliger Eintragung.

(Kannkaufleute.) H. G. B. § 3. Abs. 2.

Besondere Vorschriften hat das H. G. B. für die Land- und Forstwirtschaft getroffen, auf ihren Betrieb finden die Bestimmungen der §§ 1 und 2 des H. G. B. keine Anwendung, sie sind somit dem Handelsrecht vollständig entzogen und gelten unter keinen Umständen als Handelsgewerbe, selbst wenn in ihrem Betrieb Grundhandelsgeschäfte des § 1 gewerbsmässig vorgenommen werden; sie können, auch wenn das Erfordernis eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs bei ihnen vorliegt, nicht durch die Eintragung ihrer Firma in das Handelsregister die Eigenschaft als Handelsgewerbe für sich begründen, sie sind schlechterdings von dem Erwerb der Kaufmannseigenschaft ausgeschlossen.

Der Grund hierfür liegt, wie die Denkschrift ausführt[2], in der Natur des landwirtschaftlichen Betriebs, bei dem sich selbst der Grossbetrieb in Formen und unter Bedingungen vollzieht, welche von denen des kaufmännischen Verkehrs so wesentlich abweichen, dass die Grenze auch in rechtlicher Beziehung festgehalten werden muss. Die Berechtigung dieses Standpunkts

---

[1] H. G. B. § 14.

[2] D. S. 13.

des H. G. B. ist fast allerseits anerkannt[1], ganz anders verhält es sich jedoch mit dem Abs. 2 des § 3.

Durch diesen sind auch die Nebengewerbe des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs an und für sich dem Handelsrecht entzogen, auch wenn sie nach § 1 und 2 des H. G. B. eigentlich Handelsgewerbe wären.

Eine genaue Definition des Begriffes dieser Nebengewerbe zu geben ist unmöglich[2]; „jedoch kommen in erster Reihe solche Betriebe in Frage, welche zur weiteren Verarbeitung der Erzeugnisse der Land- und Forstwirtschaft ausschliesslich oder der Hauptsache nach dienen, oder solche Betriebe, in denen im Nebengewerbe ausschliesslich oder in der Hauptsache auf dem Eigentum des Gewerbeunternehmers erzeugte oder vorhandene Bodenbestandteile zur Gewinnung oder Verarbeitung gelangen.“ Es muss das Nebengewerbe mit der Land- oder Forstwirtschaft organisch[3] derart verbunden sein, dass es als ein Ausfluss[4] des Hauptgewerbes sich darstellt; der Umfang des Nebengewerbes muss gegenüber dem der Land- und Forstwirtschaft der unbedeutendere, untergeordnete sein.

„Nebengewerbe ist nicht gemeint im Sinn räumlich gleichberechtigten Nebeinanderbestehens, sondern im Sinn einer infolge Unselbständigkeit erforderlichen seitlichen Anlehnung.“[5].

---

[1] Anderer Ansicht Schirrmeister (Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, B. 48 S. 430 f.), der diesen Ausschluss der Land- und Forstwirtschaft vom Handelsgewerbe für „unnatürlich“ und „juristisch unbegründbar“ erklärt und meint: „Es können nur historische und politische Gründe gewesen sein, die den Gesetzgeber zu dieser Ausnahme veranlassten“; er behauptet ferner, die Denkschrift gebe für diese Vorschrift „so gut wie gar keine“ Begründung, wobei er jedoch die eben (S. 23 Anm. 2) zitierte Stelle zu übersehen scheint, die eine schlagende Begründung gibt.

[2] So der Kommissionsbericht über den Entwurf eines H. G. B. § 3 S. 8.

[3] Vergl. Düringer und Hachenburg, Kom. S. 45.

[4] Vergl. Kommissionsbericht S. 8 zu § 3 und siehe daselbst die Beispiele.

[5] So Makower S. 16 b.

Das Nebengewerbe wird auch durch gewerbemässigen Betrieb der in § 1 Nr. 1—9 aufgezählten Grundhandelsgeschäfte nicht zum Handelsgewerbe, ja der Unternehmer kann, auch wenn diese Geschäfte den Gegenstand des Nebengewerbes bilden, die Eintragung der Firma doch nur verlangen, wenn das Erfordernis des in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs vorliegt[1], er kann Kaufmann werden nur auf Grund des § 2, er ist also entweder Nichtkaufmann oder Vollkaufmann.

Ob der Land- oder Forstwirt die Eintragung der Firma seines Nebengewerbes vornehmen lassen will oder nicht, ist vollständig seiner Willkür überlassen, er hat völlig freie Wahl, ob er durch Eintragung das Nebengewerbe zum Handelsgewerbe und sich dadurch zum Kaufmann machen will oder nicht.

Dieser Abs. 2 des § 3, der die Eintragung in das Handelsregister ganz dem Belieben des Unternehmers des Nebengewerbes überlässt, ist von Anfang an heftig angefochten worden. Es wurde in der Kommission der Antrag eingebracht[2], diese Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft durchaus den allgemeinen Regeln zu unterwerfen und keine besondere Behandlung für sie eintreten zu lassen. „Es sei von prinzipieller Bedeutung für den Handelsstand, dass bei Allen, die einen kaufmännischen Betrieb führen, auch das Mass der Pflichten ein gleiches sei und nicht aus dem Umstand, dass der Gewerbetreibende gleichzeitig Land- oder Forstwirtschaft betreibe, ihm eine privilegierte Stellung eingeräumt werde“;[3] „dem ganzen Prinzip des § 2, das als ein richtiges und gesundes zu bezeichnen sei, werde durch § 3 Abs. 2 ins Gesicht geschlagen.“[4]

---

[1] Das ist in den Worten „gemäss § 2“ enthalten, § 1 H. G. B. ist sonach für das landwirtschaftliche Nebengewerbe ganz bedeutungslos.

[2] Kommissionsbericht zu § 3, S. 6.

[3] Kommissionsbericht § 3 S. 6.

[4] Ebenda; auch der XXIII. deutsche Handelstag hat diese Behandlung der landwirtschaftlichen Nebengewerbe als mit der Rechtsgleichheit unvereinbar bezeichnet. Vergl. Verhandlungen des 23. deutschen Handelstags zu Berlin am 15. und 16. Okt. 1896, stenogr. Bericht S. 6.

Allen diesen Ausführungen lässt sich ein bedeutendes Mass von Berechtigung nicht absprechen, jedoch ist auf der andern Seite zu erwägen, dass sich einer unbedingten Unterwerfung des Nebengewerbes unter § 2 H. G. B. grosse Schwierigkeiten entgegenstellen. Der Kommissionsbericht zu H. G. B. § 3[1] sagt darüber:

Eine scharfe Trennung von Nebengewerbe und landwirtschaftlichem Hauptbetrieb wird in den meisten Fällen nicht möglich sein, das Kapital, die Arbeitszeit und Arbeitskraft des Personals, die Betriebsanlagen, die Tiere kommen je nach Bedarf bald hier bald dort zur Verwendung; eine kaufmännische Buchführung, zu der meist der Landwirt die nötige Fähigkeit nicht selbst besitzen wird, zu deren Besorgung er sonach geschultes Personal nötig hätte, kann ihm wegen der damit verbundenen Kosten, nicht zugemutet werden; dieselbe wäre zudem für das Nebengewerbe allein illusorisch, denn sie würde keinen richtigen Schluss auf die Vermögenslage ergeben, das wäre nur zusammen mit dem Hauptbetrieb der Fall[2], und dass für ihn Stellung unter Handelsrecht unthunlich ist, ist wie schon oben gesagt, unbestritten.

Wenn wir nun die verschiedenen Möglichkeiten der Regelung der rechtlichen Stellung dieser land- und forstwirtschaftlichen Nebengewerbe objektiv prüfen, so dürfte sich doch wohl das Ergebnis als ziemlich zweifellos herausstellen, dass das Handelsgesetzbuch noch die befriedigenste Lösung getroffen und einen dem praktischen Bedürfnis am besten entsprechenden Mittelweg eingeschlagen hat.

Ein völliger Ausschlusss des Nebengewerbes vom Handelsrecht wäre als grosse Ungerechtigkeit empfunden worden und die Einführung des Registerzwangs[3] für dasselbe wäre auf solche Schwierigkeiten gestossen, hätte in jedem einzelnen Fall derartig

---

[1] Kom. Ber. zu § 3 S. 6—8.

[2] Vergl. die parlamentarischen Verhandlungen (Drucksachen des Reichstags S. 4558, 4570, 4589, 4598.)

[3] Nach H. G. B. § 2.

komplizierte Untersuchungen erforderlich gemacht, dass man genötigt war, davon abzusehen. Allerdings ist damit von dem sonst im Handelsgesetzbuch geltenden Grundsatz: „Wer das Recht zur Eintragung der Firma in das Handelsregister hat, hat auch die Pflicht dazu," abgewichen[1]; es ist in diesem § 3 Abs. 2 eine besondere Unterart des Registerkaufmanns: der „Kannkaufmann" geschaffen.

Es steht somit im Belieben des Land- oder Forstwirts, der ein erhebliches, einen kaufmännischen Betrieb erforderndes Nebengewerbe betreibt, ob er durch Eintragung der Firma in Beziehung auf dieses[2] die Eigenschaft als Kaufmann für sich begründen will;[3] ist jedoch die Eintragung einmal erfolgt, so findet eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften statt, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten.[4] Der Land- oder Forstwirt soll sich die Folgen der Eintragung der Firma vorher überlegen; dieselbe ist ja seinem freien Belieben überlassen, hat er aber einmal diesen Schritt gethan, so kann er nicht mehr beliebig zurücktreten, auch nicht wenn er sieht, dass die, durch die Eintragung erlangte Kaufmannseigenschaft ihn mehr beschwert als ihm nützt. Es wäre gegen die Sicherheit des Verkehrs, wenn er jederzeit die Löschung der Firma herbeiführen und damit die Eigenschaft des Nebengewerbes als Handelsgewerbes beseitigen könnte, sobald es ihm beliebt.[5]

Die Kaufmannseigenschaft für das Nebengewerbe des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs endet, ausser mit der rechtmässigen Löschung der Firmeneintragung, mit dem Wegfall einer der sachlichen Voraussetzungen der Entstehung, der Aufgabe oder derartigen Einschränkung des Betriebs, dass derselbe einen in

---

[1] Ebenso auch in § 36 H. G. B. für die Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbands.

[2] Nur für dieses; nur soweit das Nebengewerbe reicht, wird der Kaufmann.

[3] Niemals Zwang.

[4] H. G. B. § 3 Abs. 2 letzter Satz; siehe dazu oben S. 21 ff.

[5] Kom. Ber. § 3 S. 9.

kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht mehr erfordert.[1]

Bei zu Unrecht erfolgter Löschung der Firma des Nebengewerbes s. o. S. 21—23; hervorzuheben ist jedoch, dass auch der Unternehmer des land- und forstwirtschaftlichen Nebengewerbes vom Registerrichter in diesem Fall zur Wiedereintragung der Firma gezwungen werden kann,[2] es steht also nur die erste, nicht auch die Wiedereintragung in seinem Belieben.

Die Rechtsnachfolger (sowohl Universal- als Singularsuccessoren) sind an die Entscheidung ihres Rechtsvorgängers nicht gebunden; sie können das Nebengewerbe ohne Firma weiterführen,[3] ohne zur Eintragung gezwungen werden zu können, die Eigenschaft als Handelsgewerbe geht dadurch dann unter.

Hiezu kommt noch eine zweite Gruppe von Kannkaufleuten.

Die staatlichen und kommunalen gewerblichen Unternehmungen brauchen nach § 36 H. G. B. nicht in das Handelsregister eingetragen zu werden; da nun aber bei den Betrieben des § 2 H. G. B. die Eigenschaft als Handelsgewerbe erst auf Grund der Eintragung der Firma eintritt, so folgt, dass es dem Staat oder dem Kommunalverband freisteht, ob sie für ihre derartigen Betriebe Kaufmannsqualität erwerben wollen, indem sie deren Eintragung herbeiführen. Haben sie jedoch die Firma einmal eintragen lassen, so erhebt sich bei ihnen die Frage, ob sie dieselbe beliebig wieder löschen lassen und dadurch die Gewerbe des § 2 dem Handelsrecht wieder entziehen können, oder ob auch auf sie der Schlusssatz des § 3 Abs. 2 entsprechende Anwendung findet, wonach die Löschung der Firma nur nach den allgemeinen

---

[1] Genau wie beim Kaufmann auf Grund des § 2 H. G. B.; auch hier gilt die Bestimmung des § 5 H. G. B.

[2] Weil die Löschungsfrage seiner Willkür entzogen ist. Gareis, Anmerkung 7e, — Staub S. 69, Anm. 9.

[3] z. B. die Erben eines Landwirts können die Firma für das Nebengewerbe löschen lassen, womit seine Eigenschaft als Handelsgewerbe dann aufhört.

Vorschriften stattfinden darf, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten.[1]

c. Fiktive Kaufleute.

(Formkaufleute s. u. S. 31).

Eine dritte Art von Kaufleuten bilden die Handelsgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit,[2] denen das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand ihres Unternehmens die Kaufmannseigenschaft beilegt. Es sind das: die Aktiengesellschaften,[3] Kommanditgesellschaften auf Aktien,[4] Gesellschaften mit beschränkter Haftung[5] und eingetragene Erwerbs- u. Wirtschaftsgenossenchaften,[6] ferner die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.[7]

Alle diese sind um ihrer Organisation willen Kaufleute, also auch wenn sie weder Grundhandelsgeschäfte gewerbsmässig betreiben (§ 1), noch auch infolge der Art und des Umfangs ihres Unternehmens einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern (§ 2 und 3,2), ihnen somit ein Handelsgewerbe nicht zu Grund liegt,[8] ja selbst wenn der Gegenstand ihres Unternehmens überhaupt nicht gewerblicher Natur ist.[9]

---

[1] Lezterer Ansicht Staub, Anm. 3 zu § 36, — Lehmann und Ring, S. 112 Nr. 1. Dagegen nehmen Düringer und Hachenburg an, dass hier die Löschung jederzeit nach Belieben erfolgen dürfe; ebenso Goldmann S. 170 II, da bei diesen Betrieben die Besorgnis, dass die Löschung zur Benachteiligung Dritter geschehen könne, nicht bestehe.

[2] Ueber die Kommandit- und offene Handelsgesellschaft siehe unten S. 60.

[3] H. G. B. § 210.

[4] H. G. B. § 320, Abs. 3.

[5] Reichsgesetz vom 20. April 1892. § 13 Abs. 3.

[6] Reichsgesetz vom 1. Mai 1889. § 17 Abs. 2; diese letzten sind zwar nicht eigentlich Handelsgesellschaft, wohl aber Kaufmann und gehören deshalb auch hierher.

[7] Reichsgesetz vom 12. Mai 1901, § 16.

[8] z. B. landwirtschaftlicher Betrieb.

[9] Vergl. Beispiele bei Cosack, S. 33, 6: ethische Kultur, studentisches Corpswesen, Pflege von Taubstummen.

Unter diesen Umständen wird dann ein Handelsgewerbe und damit auch die Kaufmannseigenschaft fingiert, daher der Name „fiktive Kaufleute“.[1] Ihre Entstehung und somit auch ihre Kaufmannseigenschaft sind bedingt durch die Eintragung im Handelsregister,[2] weshalb sie auch zu den „Kaufleuten kraft Eintragung“ zu rechnen sind.

Keine Kaufleute sind die sog. Scheinkaufleute[3] s. u. S. 41.

III. Ueberblick.

Wenn wir den Kaufmannsbegriff des neuen Handelsgesetzbuchs mit demjenigen des alten vergleichen, so zeigt sich sofort, dass derselbe im n. H. G. B. viel umfassender und sachgemässer geworden ist.

Allerdings ist die einheitliche Grundlage der Kaufmannseigenschaft, die früher infolge der ausschliesslichen Basierung derselben auf den gewerbsmässigen Betrieb der Handelsgeschäfte der Art. 271 und 272 a. H. G. B. bestanden hatte, (wozu allerdings noch die Gruppe der fiktiven Kaufleute getreten war) aufgegeben worden, allein soweit zu gehen, die Einheit der Grundlage durch Beseitigung des ganzen alten, auf dem Katalog der Grundhandelsgeschäfte aufgebauten Systems unter alleiniger Zugrundlegung des Prinzips des § 2 n. H. G. B. herzustellen, wagte das neue H. G. B. doch nicht und das mit Recht.[4] Es hat daher einen Mittelweg eingeschlagen; es hat das bisherige System in § 1 beibehalten, ebenso die Gruppe der fiktiven Kaufleute, daneben aber das neue Prinzip des § 2 gestellt, die Kaufmannseigenschaft somit auf drei völlig verschiedene Fundamente gegründet.[5]

---

[1] Vergl. Lehmann u. Ring S. 7 Nr. 11; — S. 16 Nr. 36.

[2] H. G. B. § 200; 320,3.

[3] d. h. Gewerbetreibende, die auf Grund von § 5 H. G. B. als Kaufleute gelten.

[4] Denn dadurch wäre Handwerk und Kleingewerbe völlig vom Handelsrecht ausgeschlossen worden.

[5] Vergl. Schirrmeister: „Kaufmannsbegriff nach deutschem Handelsrecht“. Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Bd. 48. S. 436 ff. Schirrmeister nennt diese 3 Systeme, die wie er ausführt, bei der

Hieraus dem Gesetzbuch einen Vorwurf zu machen wäre jedoch völlig ungerechtfertigt. Denn das Gesetz hat die Aufgabe den praktischen Bedürfnissen möglichst Rechnung zu tragen, das aber kann bei der grossen Mannigfaltigkeit der Verhältnisse hier nur durch Verzicht auf die streng konsequente Durchführung eines einheitlichen Prinzips erreicht werden;[1] die Frage nach der besten Lösung ist keine Prinzipienfrage, sondern eine Frage der Zweck-

---

Bestimmung des Kaufmannsbegriffes in der Geschichte des Handelsrechts, in der Gesetzgebung aller Länder immer widerkehren, das materielle, formelle und materiell-formelle System.

Das System des § 1 H. G. B. ist das materielle, da nach ihm die Kaufmannseigenschaft lediglich von materiellen Voraussetzungen abhängt und zwar ist genauer die erschöpfende Enumerationsmethode verwendet: „Wer ein Gewerbe betreibt, das der Gesetzgeber (ausdrücklich) für ein kommerzielles erklärt, ist Kaufmann."

Das formelle System fand Anwendung bei der Schaffung der „fiktiven Kaufleute" (s. v. S. 29), die daher von Schirrmeister „Formkaufleute" genannt werden. „Bei diesem System wird von der Beschaffenheit des Unternehmens ganz abgesehen; weder der Gegenstand des Betriebs noch besondere Eigentümlichkeiten der Geschäftsführung spielen eine Rolle, sondern Kaufmann ist ein jeder, der gewisse rein äusserliche Förmlichkeiten erfüllt hat, in der Regel die Eintragung in ein öffentliches Register. Wer in dem Register steht, ist Kaufmann, wer nicht darin steht, ist nicht Kaufmann. Jede weitere Prüfung ist überflüssig.

Auf dem dritten System, das Schirrmeister das „materiell-formelle" nennt, da es eine Vereinigung der beiden ersten Systeme darstellt, beruht die Kaufmannseigenschaft nach H. G. B. § 2. „Dieses System sucht, indem es den Erwerb der Kaufmannseigenschaft nicht nur an die materielle Voraussetzung des Vorhandenseins eines bestimmten Gewerbebetriebs, sondern auch an die Notwendigkeit der Erfüllung gewisser Formalitäten (nämlich Eintragung der Firma in das Handelsregister) knüpft, die Vorzüge der beiden Systeme zu vereinigen; einerseits nur solche Personen in den Kaufmannsstand zuzulassen, die wirklich dahin gehören, andererseits für jedermann leicht erkennbar zu machen, wem thatsächlich die Kaufmannseigenschaft zukommt und wem nicht.

[1] Ebenso Schirrmeister a. a. O. Bd. 48 S. 449: „Jedes der drei in Betracht kommenden Systeme hat seine erheblichen Schattenseiten und keines von ihnen ist im Stande, ein unfehlbares Universalrezept zu gewähren."

mässigkeit. Die materielle Zweckbestimmung muss für die Regelung entscheidend sein und falsch wäre es von einem Gesetz, nur um der konsequenten Durchführung eines ihm vorschwebenden Prinzipes willen, die Zweckmässigkeit, die vor allem der leitende Gesichtspunkt sein muss, ausser Acht zu lassen.

Die Regelung des Kaufmannsbegriffs im n. H. G. B. ist daher, obgleich nicht einheitlich, doch als die dem praktischen Bedürfnis am meisten entsprechende, auch die beste.[1]

II. Abschnitt.

Handelsgeschäfte.

Den Inhalt eines Handelsgewerbes, auf dessen Betrieb die Kaufmannseigenschaft beruht, bilden die Handelsgeschäfte.

Der Begriff des Handelsgeschäfts hatte im a. H. G. B. zur Grundlage des Kaufmannsbegriffes gedient; das n. H. G. B. dagegen setzt für den Begriff des Handelsgeschäfts den Begriff des Kaufmanns voraus.

A. Handelsgeschäfte nach dem alten H. G. B.

Das alte Handelsgesetzbuch hatte drei Arten von Handelsgeschäften unterschieden:

a. Die Einzelhandelsgeschäfte[2] (absolute, objektive) diese glaubte man, um ihres ausgesprochen merkantilen Charakters willen unter allen Umständen unter Handelsrecht stellen zu müssen,

---

[1] Ebenso Schirrmeister l. c. und Laband: Deutsche Juristenzeitung 1896 S. 350: „Durch die vom neuen Handelsgesetzbuch getroffene Bestimmung des Kaufmannsbegriffes ist die Abgrenzung des Handelsrechts vom bürgerlichen Recht in durchaus sachgemässer Weise erfolgt und wird das neue Handelsgesetzbuch eine sehr erhebliche Verbesserung des jetzigen Rechtszustands herbeiführen."

[2] A. H. G. B. Art. 271.

auch bei nur vereinzelter Vornahme und bei Vornahme durch einen Nichtkaufmann, sie waren in ihrer Eigenschaft als Handelsgeschäfte unabhängig von der Persönlichkeit des Abschliessenden.

b. Die Gewerbehandelsgeschäfte[1] (relative, subjektive) sie sind nur Handelsgeschäfte bei gewerbsmässigem[2] Betrieb.

Diese beiden Arten zusammen bildeten, da ihre gewerbsmässige Vornahme den Unternehmer zum Kaufmann machte, die Grundgeschäfte des Handels (Grundhandelsgeschäfte); die Kaufmannseigenschaft war die Folge ihres gewerbsmässigen Betriebs.

c. Diesen Grundhandelsgeschäften standen gegenüber die Nebenhandelsgeschäfte;[3] diese gehören auch zu den subjektiven Handelsgeschäften, da sie nur durch ihre Beziehung zu dem gewerbemässigen Betrieb anderer Handelsgeschäfte ihre Eigenschaft als Handelsgeschäfte erhalten, jedoch kann ihr Abschluss allein nie zum Kaufmann machen, sie sind als solche abhängig von der bereits vorhandenen[4] Kaufmannseigenschaft des Abschliessenden. Das Geschäft muss im Handelsbetrieb des Kaufmanns abgeschlossen sein, ein Kaufmann in seiner Eigenschaft als solcher muss es vorgenommen haben; jedes Geschäft bei dem diese Voraussetzung zutrifft, ist Handelsgeschäft.[5]

Davon giebt es jedoch zwei Ausnahmen:

1. Weiterveräusserungen von Handwerkern in ihrem Handwerksbetrieb sollen nicht als Handelsgeschäfte gelten.[6]

2. Verträge über Immobilien[7] sind keine Handelsgeschäfte, auch wenn sie von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes vorgenommen werden.[8]

---

[1] A. H. G. B. Art. 272 Nr. 1—6.

[2] S. v. S. 12. Anm. 3.

[3] A. H. G. B. Art. 273.

[4] Nämlich durch den Betrieb von Grundhandelsgeschäften.

[5] A. H. G. B. Art. 273, 1.

[6] A. H. G. B. Art. 273, Abs. 3.

[7] A. H. G. B. Art. 275.

[8] Also auch nicht Kauf oder Pacht von Grundstücken, Gebäuden, Fabriken, Lagerräumen etc., wenn auch zum Zweck des Handelsbetriebs. Vergl. Endemann § 17 S. 89, — Cosack S. 40 d. a.

B. Handelsgeschäfte nach dem neuen H. G. B.

Der Hauptunterschied zwischen altem und neuem Handelsgesetzbuch liegt, was die Handelsgeschäfte betrifft, in der völligen Beseitigung des Rechtsbegriffs der absoluten oder Einzelhandelsgeschäfte in letzterem.

Kein Geschäft eines Nichtkaufmanns kann nunmehr ein Handelsgeschäft sein.[1]

Der Grund für die Streichung der absoluten Handelsgeschäfte lag darin, dass die Anwendung der handelsrechtlichen Regeln auf andere Personen als auf Kaufleute, besonders bei einem derartigen, zwischen zwei Nichtkaufleuten abgeschlossenen Geschäft, begriffswidrig und sachlich nicht gerechtfertigt erschien.[2]

Durch ihre Beseitigung ist das Handelsrecht zu der subjektiven Methode zurückgekehrt, das Handelsrecht ist wieder prima facie Kaufmannsrecht geworden,[3] es findet nur noch Anwendung, wenn mindestens einer der Beteiligten Kaufmann ist. Das neue Recht will kein Recht der kommerziellen Thatbestände[4] mehr sein, sondern ein Recht der Personen der Kaufleute.[5]

„Durch den Wegfall der objektiven Handelsgeschäfte wird das System des Gesetzbuchs wesentlich vereinfacht“,[6] Handelsgeschäfte können jetzt nur noch die Geschäfte eines Kaufmanns sein, — nur noch Geschäfte, die im Betrieb eines Handelsgewerbes vorgenommen werden, — Geschäfte eines Nichtkaufmanns können unter keinen Umständen mehr Handelsgeschäfte sein.[7]

---

[1] Vergl. jedoch § 345 H. G. B. entsprechend dem Art. 277 a. H. G. B., wonach die Vorschriften über Handelsgeschäfte unter Umständen auch für den Nichtkaufmann zur Anwendung kommen.

[2] Denkschrift S. 189: „Dass z. B. Jemand, der nicht Kaufmann ist, dessen ungeachtet bei einem einzelnen Geschäft die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden verpflichtet ist, entspricht nicht der Natur der Sache.“

[3] Ueber die Ausnahme in § 345 H. G. B. s. v. Anm. 1.

[4] Das war der Standpunkt des alten H. G. B.

[5] Vergl. Kommissionsbericht über den Entwurf des H. G. B. S. 100.

[6] Vergl. Denkschrift S. 190.

[7] Jedoch werden sie als solche behandelt im Fall des eben zitierten § 345 H. G. B.

Am deutlichsten zeigt sich dies bei den Gewerbebetrieben des § 2; genau dieselben Geschäfte sind vor der Eintragung der Firma vorgenommen keine Handelsgeschäfte, nach erfolgter Eintragung dagegen Handelsgeschäfte.[1]

Mit der Beseitigung des Begriffs der absoluten Handelsgeschäfte ist natürlich auch dem gegensätzlichen Begriff der relativen Handelsgeschäfte der Boden entzogen;[2] nach neuem H. G. B. kann man im Ganzen nur noch zwei Arten von Handelsgeschäften unterscheiden: reine und hypothetische[3] Grundhandelsgeschäfte.

Die reinen Grundhandelsgeschäfte (H. G. B. § 1) sind diejenigen, deren gewerbsmässiger Betrieb von selbst, ohne weiteres Erfordernis zum Kaufmann macht,[4] bei den hypothetischen dagegen müssen noch zwei weitere Bedingungen erfüllt sein, um Kaufmannseigenschaft zu erzeugen, es muss vorliegen das Erfordernis kaufmännischen Betriebs und hinzukommen Eintragung der Firma in das Handelsregister.[5]

Der Unterschied zwischen Grund- und Nebenhandelsgeschäften ist im bisherigen Sinn aufrecht erhalten,[6] jedoch ist durch die Erweiterung des Kaufmannsbegriffs natürlich auch der Kreis der Nebenhandelsgeschäfte bedeutend erweitert, ausserdem können nun auch Verträge über Grundstücke Nebenhandelsgeschäfte sein.[7]

---

[1] Weil vor der Eintragung der Inhaber noch nicht Kaufmann war; da jedoch durch die Eintragung der Gewerbebetrieb zum Handelsgewerbe und der Inhaber zum Kaufmann wird, so sind die einzelnen Geschäfte nun auch „von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes" vorgenommen, somit Handelsgeschäfte.

[2] Nach der Terminologie der Litteratur des alten H. G. B. sind alle Handelsgeschäfte des neuen H. G. B. „relative".

[3] Vergl. Staub S. 46 Anm. 30; gegen diese Terminologie Goldmann S. 9 und 10, Abs. 2 Anm. I.

[4] Sie entsprechen im wesentlichen den (absoluten und relativen) Grundhandelsgeschäften des alten H. G. B. § 271 u. 272.

[5] S. v. S. 18.

[6] Vergl. neues H. G. B. § 1 und § 343 mit altem H. G. B., Artikel 271, 272 und Art. 283.

[7] Da Art. 275 alten H. G. B. beseitigt ist; gegen diesen Standpunkt des neuen H. G. B. vor allem Gierke S. 508 und 509: „Der Gesetzgeber

Auch die Vorschrift des alten H. G. B. Art. 273, 2, dass die Weiterveräusserungen der Handwerker, soweit sie nur in Ausübung des Handwerksbetriebs geschehen, keine Handelsgeschäfte sein sollen, ist beseitigt.

Somit ist die Geltung des § 343 H. G. B. eine ganz ausnahmslose: Handelsgeschäft ist jedes Geschäft eines Kaufmanns, das im Betrieb seines Handelsgewerbes vorgenommen wird[1] und, wie sich des Weiteren ergiebt, nur ein solches.

Die Begriffsbestimmung des Handelsgeschäfts nach dem n. H. G. B. ist somit eine ganz einheitliche; es kann nunmehr mit Recht ein Geschäft für sich allein nicht mehr absolut als Handelsgeschäft herausgestellt werden, es erhält diese Eigenschaft als Handelsgeschäft nur durch seinen Zusammenhang mit einem Handelsgewerbe, nur dadurch dass es als ein Bestandteil eines Handelsgewerbes erscheint, einen Kaufmann zum Subjekt hat.

III. Bedeutung der Eintragung der Firma.

Im alten Handelsgesetzbuch hatte die Eintragung der Firma eines Gewerbebetriebs in das Handelsregister keine Wirkung für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft gehabt,[2] noch lieferte sie eine rechtliche Vermutung für diese Eigenschaft, vielmehr diente sie nur justizpolizeilichen Zwecken,[3] es kam ihr lediglich die Bedeutung einer Beurkundung der Thatsache zu, dass die der Registrierung zu Grund liegende Anmeldung wirklich mit dem eingetragenen Inhalt stattgefunden habe.[4]

Wurde daher die Kaufmannseigenschaft eines Gewerbetreibenden, dessen Firma eingetragen war, bestritten, so konnte zum Beweis nicht einfach auf die Eintragung verwiesen, vielmehr musste

---

habe allen Grund, die fortschreitende Mobilisierung des Bodens nicht zu fördern"; — Dickel S. 18 unten: „Da es gegen die Natur der Dinge sei, Immobilien als Mobilien zu behandeln"; dafür die meisten Schriftsteller; vergl. auch Denkschrift S. 6.

[1] H. G. B. § 343.

[2] Mit Ausnahme der Handelsgesellschaften.

[3] Vergl. Endemann S. 346.

[4] Vergl. Gareis S. 34.

selbständiger Beweis über das Vorhandensein der sachlichen Voraussetzungen seiner Kaufmannsqualität erhoben werden und zwar galt das gerade so auch für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft.[1]

Dieser Umstand, dass die Eintragung der Firma keine Gewähr für die Richtigkeit des Eingetragenen gab, war schon nach alten H. G. B. sowohl von den Kaufleuten selbst, als auch vom Publikum sehr unangenehm empfunden worden.[2]

Infolge der Erweiterung, die der Kaufmannsbegriff durch den § 2 des neuen Handelsgesetzbuchs erfahren hat, wäre die Rechtsunsicherheit bei Beibehaltung der bisherigen Regelung noch bedeutend vergrössert worden.

„Die Voraussetzungen, welche zufolge des § 2 H. G. B. von der Eintragung in das Handelsregister abgesehen, für die Unterstellung eines gewerblichen Unternehmens unter das Handelsrecht massgebend sind, können der Natur der Sache nach nicht so genau bestimmt werden, dass eine verschiedene Auffassung über das Vorhandensein derselben im einzelnen Fall von vornherein ausgeschlossen wäre;“[3] infolgedessen läge die Gefahr einer verschiedenen Beurteilung seitens des Prozess- und Registerrichters sehr häufig nahe. Um dies zu verhüten musste man der Eintragung der Firma in das Handelsregister eine auch den Prozessrichter bindende Wirkung beilegen;[4] überhaupt war es nötig, um der Rechtsunsicherheit abzuhelfen, der Eintragung der Firma eine verstärkte Bedeutung zu verleihen.

Im Prinzip sollte der Eintrag der Firma in das Handelsregister nur erfolgen, wenn das einzutragende Gewerbe thatsächlich ein Grosshandelsgewerbe ist. Um dieses Prinzip der Wahrheit bei der Neubegründung durchzuführen, dient die vom Registerrichter bei der Eintragung vorzunehmende Prüfung.

Da jedoch trotz aller Vorsicht die Möglichkeit der Eintragung

---

[1] Vergl. Lehmann u. Ring S. 43 § 5, Anm. 1.

[2] Vergl. Denkschrift S. 17 resp. S. 203 der gesammelten Materialien.

[3] Denkschrift in den gesammelten Materialien S. 18 resp. 203.

[4] L. c. S. 17.

einer Firma für ein Gewerbe, das in Wahrheit kein Grosshandelsgewerbe ist, nicht ausgeschlossen werden kann, da ausserdem nach zu Recht erfolgter Eintragung deren materielle Voraussetzungen wegfallen können, so ist die Möglichkeit einer Differenz zwischen den thatsächlichen Verhältnissen und dem Inhalt des Firmeneintrags gegeben, ja das Eintreten einer solchen Differenz ist sogar unvermeidlich und daher die volle Wahrheit des Firmeneintrags undurchführbar.

Daher fand man sich gezwungen, um das erstrebte Ziel der Rechtssicherheit dennoch zu erreichen, da, wo die Eintragung der materiellen Wahrheit nicht entspricht, doch eine unwiderlegliche Vermutung[1] für die Richtigkeit des Eintrags aufzustellen.

Der Eintrag der Firma eines Gewerbes d. h. die Registrierung desselben als Grosshandelsgewerbe beruht entweder auf Wahrheit oder soll doch unwiderleglich als der Wirklichkeit entsprechend gelten.

Wir haben also den erstrebten praktischen Erfolg, der Zweck der Rechtssicherheit ist thatsächlich erreicht, „der Eintragung kommt nun zugleich die selbständige Wirkung zu, die nachträgliche Bemängelung der Kaufmannseigenschaft auszuschliessen.“[2] Jeder Gewerbetreibende, dessen Firma in das Handelsregister eingetragen ist, gilt[3] als Kaufmann und zwar als Vollkaufmann, wird vom II. G. B. als solcher behandelt.

Ob dieser rechtlichen Geltung als Vollkaufmann auch das thatsächliche Sein entspricht, das richtet sich nach den zu Grunde liegenden sachlichen Verhältnissen; je nach diesen ist die Bedeutung der Eintragung eine verschiedene.

A. Eintragung der Firma „zu Recht“.

a. Für Gewerbebetriebe, denen die Eigenschaft als Handelsgewerbe schon nach H. G. B. § 1 zukommt und die einen in kauf-

---

[1] Ueber die Ansicht Schirrmeister's, dass jeder eingetragene Gewerbetreibende auch wirklich Kaufmann sei, s. u. S. 41.

[2] Denkschr. in den ges. Materialien S. 18.

[3] Jedoch nur in privatrechtlicher und prozessualer Beziehung; a. A. Schirrmeister, s. u. S. 43.

männischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb infolge ihres Umfangs erfordern, hat die Eintragung der Firma in das Handelsregister nur eine deklaratorische Bedeutung. Sie begründen schon vor der Eintragung der Firma für den Inhaber die Qualität als Vollkaufmann; die Befugnis zur Firmenführung, überhaupt sämtliche Rechte und Pflichten eines Vollkaufmanns entstehen bei ihnen durch den blossen Betrieb, sind unabhängig von der Eintragung der Firma.

Bei diesen Grossbetrieben nach § 1 Abs. 2 dient die Eintragung der Firma ausschliesslich der Publicität, der Erleichterung der Kenntnisnahme von dieser Vollkaufmannseigenschaft, der Vereinfachung des Beweises, der Klarlegung nach aussen.[1]

b. Während den sonstigen Eintragungen in das Handelsregister wie nach altem, so auch nach neuem H. G. B. in der Regel nur eine deklaratorische Bedeutung zukommt, ist für die Eintragung der Firma von diesem Grundsatz in gewissen Fällen eine Ausnahme gemacht.

α. Gewerbebetriebe, die nach Art und Umfang einen kaufmännisch organisierten Geschäftsbetrieb erfordern, ohne schon auf Grund des § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe zu sein, erlangen durch die Eintragung der Firma die Eigenschaft als Vollhandelsgewerbe; die Eintragung hat für sie eine konstitutive, rechtserzeugende Wirkung; die Inhaber dieser Betriebe, die bis dahin Nichtkaufleute waren, werden mit der Eintragung zu Vollkaufleuten.[2]

β. Das Gleiche ist zu sagen über die Bedeutung der Eintragung für die Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft;[3] für ihre Kaufmannseigenschaft ist jedoch die Eintragung der Firma auch dann konstitutiv, wenn ihr Gegenstand im Abschluss von Grundhandelsgeschäften bestanden hatte.[4]

---

[1] Die Eintragung ist hier nur der Ordnung wegen, aus justizpolizeilichen Gründen vorgeschrieben. Vergl. Makower S. 19 § 5, — Endemann S. 346.

[2] S. v. S. 20 c.

[3] Soweit dieselben nämlich den Anforderungen des § 2 entsprechen.

[4] S. v. S. 24.

γ. Ebenfalls konstitutive Wirkung hat die Eintragung für die Kaufmannseigenschaft der Vereine, denen das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft als Kaufmann beilegt, indem sie erst mit dieser Eintragung zur Existenz gelangen.[1]

In allen bisher genannten Fällen entspricht die Eintragung der Firma den Anforderungen des Gesetzes; der Inhalt des Firmenregisters, der das betreffende Gewerbe für ein Vollhandelsgewerbe erklärt und die thatsächliche Lage stimmen überein; das Register giebt nach der Eintragung nur eine Beurkundung des sachlichen Verhältnisses,[2] der Inhaber der eingetragenen Firma ist thatsächlich Vollkaufmann.

B. Bedeutung der Eintragung „zu Unrecht".

Nun kann aber auch der Fall eintreten, dass entgegen den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs die Firma eines Unternehmens in das Handelsregister eingetragen wird, dessen Gewerbebetrieb die materiellen Bedingungen des Grosshandelsgewerbes nicht aufweist, oder dass diese Erfordernisse zwar bei der Eintragung vorhanden sind, nachträglich aber wegfallen, sodass also das thatsächliche Verhältnis, wonach das Gewerbe kein Vollhandelsgewerbe ist und der Firmeneintrag, der es zu Unrecht für ein Vollhandelsgewerbe erklärt, im Widerspruch mit einander stehen.

Bei dieser zu Unrecht bestehenden Eintragung tritt an das Gesetzbuch die Frage heran, ob es für die rechtliche Behandlung des Gewerbes in Beziehung zu Dritten das thatsächliche Verhältnis oder den Inhalt des Firmenregisters entscheiden lassen will.

Hier ist nun das neue H. G. B. von seinem grundsätzlichen, mit dem früheren Handelsrecht übereinstimmenden Prinzip, wonach in der Regel der Eintragung nur beurkundende Wirkung zukommt, im Interesse der Rechtssicherheit, — weil das praktische Bedürfnis eine solche Ausnahme erheische[3] —, abgewichen und hat den

[1] S. v. S. 29; die Eintragung ist für sie causa efficiens.

[2] Hier zeigt sich, dass auch im Fall des § 2 und 3 neben der konstitutiven die deklaratorische Wirkung der Eintragung besteht.

[3] Denkschrift in den ges. Mat. S. 17 resp. 203.

Inhalt des Registers als das, für die rechtliche Behandlung des Gewerbes im Verkehr mit Dritten, entscheidende Moment erklärt.[1] Der § 5 des n. H. G. B. besagt: „Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder dass es zu den im § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre."

Dieser § 5 findet nur dann Anwendung, wenn der Inhaber der eingetragenen Firma thatsächlich ein Gewerbe betreibt; ist dies aber der Fall, dann begründet § 5 für ihn unter allen Umständen die Vermutung der Vollkaufmannseigenschaft.

Diese Vermutung hat insofern eine verschieden starke Wirkung als sie, wenn ein Nichthandelsgewerbe vorliegt, dieses Gewerbe überhaupt erst dem Handelsrecht unterstellt, während sie, wenn das Gewerbe schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe, aber nur Minderhandelsgewerbe ist, dasselbe nur von den Rechtsbeschränkungen, die für die Minderkaufleute gelten, befreit.[2]

Das Gesetz stellt in § 5 nicht den materiellen Rechtssatz auf, dass diese Gewerbetreibenden infolge der fälschlichen Eintragung thatsächlich Vollkaufleute *seien*, vielmehr bleibt die Eintragung eine zu Unrecht geschehene; sie sind keine Vollkaufleute, sie *gelten nur* als solche.[3] Diese Rechtsvermutung der Vollkaufmannseigenschaft soll jedoch nicht durch die Einrede entkräftet werden können,

---

[1] d. h. in Bezug auf die privatrechtlichen Beziehungen des Inhabers der eingetragenen Firmen zu Dritten.

[2] Der Erfolg: Geltung als Vollhandelsgewerbe ist jedoch für beide Arten der gleiche.

[3] Anderer Ansicht *Schirrmeister* (a. a. O. Bd. 49 S. 36—41). Er führt aus: „Jeder eingetragene Gewerbetreibende *ist* Kaufmann." „sola matricula facit mercatorem"; „Der Ansicht, der zu Unrecht registrierte Gewerbetreibende *gelte* nur als Kaufmann, sei Scheinkaufmann, kann ich nicht beistimmen."

Er begründet seine Ansicht damit, dass er sagt: „Soll der Firmeneintrag wirklich die notwendige und auch vom Gesetzgeber beabsichtigte Rechtssicherheit schaffen, dann muss durch die Registrierung die Kaufmannseigenschaft unbedingt *erzeugt* werden; man muss sich darauf

das Gewerbe sei thatsächlich kein Handelsgewerbe[1] oder nur ein Minderhandelsgewerbe; insofern ist die Vermutung unwiderleglich, insofern kann sie durch Gegenbeweis nicht zerstört werden;[2] andere Einreden jedoch sind durch § 5 nicht ausgeschlossen.

Die Wirkung dieser Rechtsvermutung ist eine unbedingte, auf sie kann sich nicht nur ein Dritter, sondern auch der fälschlich Eingetragene selbst[3] berufen, ja selbst die Kenntnis davon,

---

verlassen können, dass jeder Gewerbetreibende, der im Handelsregister eingetragen steht, auch wirklich Kaufmann ist."

Hiegegen ist zu erwidern, dass für die Rechtssicherheit des Verkehrs das Erfordernis, dass der Eingetragene thatsächlich stets Kaufmann sei, gar nicht vorliegt, dass es vielmehr völlig genügt, dass der eingetragene Gewerbetreibende für die Dauer der Eintragung unbedingt als Kaufmann gilt, d. h. als solcher behandelt wird.

Ferner spricht die Möglichkeit der Löschung des ungerechtfertigten Firmeneintrags durch den Registerrichter (nach § 142 des R. G. vom 17. Mai 1898 über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) und der Umstand, dass die zu Unrecht bestehende Eintragung den Strafrichter nicht bindet, wohl mehr für die hier vertretene Ansicht als für die Schirrmeister'sche; ebensowenig wird für letztere dadurch bewiesen, dass die Löschung der Firma keine rückwirkende Kraft hat. Besonders aber spricht die Fassung des § 5 H. G. B. gegen die Ansicht, als ob durch ihn etwas anderes als eine (in gewisser Beziehung unwiderlegliche) Vermutung gegeben werden sollte, als ob durch ihn eine besondere Art von wirklichen Kaufleuten hätte geschaffen werden wollen.

Uebrigens ist der Streit rein theoretisch ohne jede praktische Bedeutung, denn was die privatrechtliche Behandlung dieser zu Unrecht eingetragenen Gewerbetreibenden betrifft, so gelangt Schirrmeister zu dem gleichen Resultat, wie die herrschende, hier wiedergegebene Ansicht.

Dagegen ist Schirrmeister gegenüber Staub (ad § 5 S. 80) darin beizustimmen, dass die Vorschrift des § 5 H. G. B. auf die formelle Bedeutung der Eintragung und nicht unbedingt auf ein „Sichgerieren" als Kaufmann zurückzuführen ist.

[1] Sondern z. B. landwirtschaftlicher Betrieb.

[2] § 5 begründet keine Fiktion der Kaufmanns- bezw. Vollkaufmannseigenschaft, denn eine solche würde zur Folge haben, dass der zu Unrecht Eingetragene nicht nur als Vollkaufmann gilt, sondern thatsächlich Vollkaufmann wäre; vergl. Staub S. 78 § 5 Anm. 3.

[3] Die Vermutung des § 5 wirkt weiter als der öffentliche Glaube des Grundbuchs, der nur zu Gunsten Dritter wirkt. Cosack S. 48 § 10.

dass die Eintragung zu Unrecht besteht, schliesst die Berufung auf sie nicht aus.

Diese Vermutung wirkt ebenso wie für den Einzelkaufmann auch für die Kommandit- und offene Handelsgesellschaft.

Gleichgültig ist es, ob der Inhaber der Firma selbst oder ein anderer unbefugter Weise die Eintragung zu Unrecht veranlasst hat.[1]

Die Vermutung erstreckt sich jedoch nur auf die privatrechtlichen[2] Verhältnisse des Inhabers der Firma zu Dritten; keine massgebende Bedeutung besitzt sie für das Gebiet des öffentlichen, insbesondere des Strafrechts.[3] Den Strafrichter bindet die Eintragung nicht, er hat selbständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft vorliegen.

Das Gleiche gilt für den Registerrichter;[4] „die Eintragung

---

[1] Vergl. Cosack S. 48b.

[2] Und die damit zusammenhängenden prozessualen Beziehungen; vergl. Lehmann u. Ring S. 44 Nr. 2, — Staub S. 79 § 5 Anm. 4; — a. A. Schirrmeister a. a. O., Bd. 49 S. 41. indem er sagt: Die Bestimmung des § 5 H. G. B. hat auch für das Gebiet des öffentlichen Rechts weitgehende Wirkungen. In erster Linie erwirbt auch der zu Unrecht registrierte Gewerbetreibende das ausschliessliche Firmenrecht mit allen daran sich knüpfenden Folgen. Die unter Berufung auf den Firmeneintrag erlangte Registrierung eines Markenzeichens macht ihn zum Zeichenberechtigten. Er kann gemäss § 17 Abs. 2 des neuen H. G. B. unter seiner Firma klagen und verklagt werden. Er erlangt die Qualifikation zum Handelsrichter, das Recht auf Verweisung des bei der Civilkammer gegen ihn anhängig gemachten Prozesses an die Kammer für Handelssachen, das aktive und passive Wahlrecht zu den Handelskammern, sowie die Beitragspflicht zu den Etatskosten für die Vertretung des Handelsstandes u. s. w. Auch die Vorschrift, dass gegenüber dem Veräussern von Losen gegen Teilzahlung, wenn der Empfänger als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist, die im § 7 enthaltene Strafbestimmung des Reichsgesetzes über die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 keine Anwendung finden solle, gilt dann, wenn der Losempfänger zwar registriert ist, sein Gewerbebetrieb aber nicht ein kaufmännisches Grossgewerbe darstellt.

[3] D. S. 18.

[4] D. S. 19.

kann nicht die Wirkung haben, dass nunmehr der Eingetragene auch dem Registerrichter gegenüber unbedingt als eintragungsfähiger Kaufmann zu gelten hätte; vielmehr muss in einem solchen Fall die Löschung gerade mit Rücksicht auf die erweiterten Wirkungen, welche der Eintragung beigelegt sind, zulässig bleiben."[1]

Die Entstehung dieser Vermutung ist geknüpft an die Eintragung als solche, ohne Rücksicht auf die Publikation,[2] sie geht unter mit der Löschung des Firmeneintrags,[3] dauert also solange als dieser besteht.

C. So verschieden nun im Einzelnen, wie wir gesehen haben, die Bedeutung der Eintragung der Firma in das Handelsregister auch ist, so ist doch der Erfolg insofern völlig einheitlich, als der Inhaber eines jeden Gewerbes, dessen Firma eingetragen ist, im Verkehr mit Dritten rechtlich als Vollkaufmann behandelt wird; die Eintragung garantiert Vollkaufmannseigenschaft.

Durch diese Regelung ist der erstrebte Zweck erreicht, ist Rechtssicherheit hergestellt; denn dem Dritten kann es völlig gleichgültig sein, auf was für Gründen die Geltung als Vollkaufmann beruht, ob auf innerer Wahrheit oder auf unwiderleglicher Vermutung; für ihn kommt nur das eine in Betracht, ob aus der Eintragung der Firma mit Sicherheit auf rechtliche Geltung des Eingetragenen als Vollkaufmann geschlossen werden kann und das ist nun der Fall.

Hierin liegt ein grosser Fortschritt gegenüber dem alten H. G. B. und ist nun dem praktischen Bedürfnis in passender Weise Rechnung getragen.

---

[1] Denkschrift S. 19.

[2] Jedoch kommt vor der Publikation in Bezug auf die Wirkung gegenüber Dritten in Betracht, H. G. B. § 15; vergl. Staub S. 79 Anm. 6, — Lehmann u. Ring S. 44.

[3] Da sie überhaupt nur auf diesem zu Unrecht bestehenden Eintrag beruht.

IV. Abschnitt.

Begriff der Kaufleute minderen Rechts gegenüber den Vollkaufleuten.

Der Begriff Kaufmann[1] umfasst Elemente von ganz verschiedener wirtschaftlicher Bedeutung; er ergreift sowohl den Grosshändler und die Aktiengesellschaft, deren Umsatz sich nach Millionen beziffert, als den Hausierer, dessen Handel nur Pfennige einbringt.

Dass dieser ungeheure wirtschaftliche Unterschied sich auch in der rechtlichen Behandlung geltend machen muss, — dass nicht sämtliche handelsrechtlichen Regeln auf diese ganz verschiedenen Verhältnisse gleichmässig angewendet werden können, — ist natürlich.

So werden denn auch im neuen Handelsgesetzbuch, ebenso wie bisher, zwei Arten von Kaufleuten unterschieden; nämlich solche, auf welche sämtliche Regeln des H. G. B. Anwendung finden, — denen sämtliche Rechte des Kaufmanns zustehen und sämtliche Pflichten obliegen, — und solche auf die nicht alle Vorschriften des Handelsrechts passen, für die Ausnahmen von den allgemeinen Regeln statuiert sind, — Kaufleute besseren und minderen Rechts, oder, wie man sie kurz bezeichnet: „Vollkaufleute“ und „Minderkaufleute.“

Dieser Unterschied in der Rechtsstellung der beiden Gruppen ist dadurch geboten, dass es eine grosse Anzahl von Gewerbetreibenden giebt, die wegen der Art ihres Gewerbes nicht wohl völlig vom Handelsrecht ausgeschlossen werden können, auf die andererseits aber wegen des geringen Umfangs ihres Betriebes auch nicht sämtliche Vorschriften des Handelsgesetzbuchs angewendet, denen vor allem nicht sämtliche, an die Vollkaufmannseigenschaft geknüpften Verpflichtungen auferlegt werden können, die sonach am besten als eine Mittelklasse zwischen Nichtkaufleuten und Vollkaufleuten behandelt werden.

[1] S. v. S. 8 ff.

I. Der Vollkaufmann.

Alles was oben S. 8—32 über den Kaufmann im allgemeinen gesagt worden ist, gilt für den Vollkaufmann im besonderen, er ist der Normaltypus des Kaufmanns.

Vollkaufmann ist jeder Kaufmann, dessen Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.[1]

Da dies Erfordernis zugleich Voraussetzung für die Eintragung der Firma in das Handelsregister und die erst dadurch zu erlangende Kaufmannseigenschaft auf Grund von § 2 und § 3 Abs. 2 des H. G. B. ist, so folgt dass die Registerkaufleute stets Vollkaufleute sind.

II. Minderkaufleute.

Minderkaufleute kann es, wie aus dem eben Gesagten hervorgeht, nur geben auf Grund der Bestimmungen des § 1 H. G. B., unter den „Kaufleuten ohne Eintragung", und auch hier nur insoweit, als für die Erlangung der Kaufmannseigenschaft nicht Grossbetrieb vorgeschrieben ist.[2]

Das Handelsgesetzbuch unterscheidet in § 4 zwei Klassen von Minderkaufleuten: Handwerker und Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.

A. Handwerker.

Wenn das Gesetzbuch in § 4 kurzweg von Handwerkern spricht, so ist dieser Ausdruck zu allgemein und daher restriktiv zu interpretieren. Denn es sollen durch diesen Paragraphen durchaus nicht sämtliche Handwerker zu Minderkaufleuten gemacht werden, — es ist vielmehr zu unterscheiden zwischen Handwerkern, in deren Handwerk ein Handelsgewerbe enthalten ist und

[1] Dass unter Umständen zur Erlangung der Vollkaufmannseigenschaft Eintragung der Firma in das Handelsregister erforderlich ist, ist in dieser Definition schon enthalten, denn die Gewerbetreibenden der §§ 2 und 3 Abs. 2 H. G. B. sind vor der Eintragung überhaupt noch gar keine Kaufleute, fallen also erst nach erfolgter Eintragung unter diese Begriffsbestimmung; als Ausnahmen treten auch ohne diesen Umfang hinzu die Gesellschaften des § 6 Abs. 2 H. G. B., s. v. S. 29.

[2] Das ist der Fall in § 1 Abs. 2 Nr. 5 (teilweise) und Nr. 9.

die daher Kaufleute sind, und zwischen solchen, deren Handwerksbetrieb ein Handelsgewerbe nicht einschliesst, denen daher auch keine Kaufmannsqualität zukommt. Die Vorschrift des § 4 H. G. B. kann sich nur beziehen auf diejenigen Handwerker, die zugleich Kaufleute nach § 1 sind, denn für die andere wäre das in § 4 Gesagte selbstverständlich und die besondere Hervorhebung daher sinnlos.[1]

1. Nicht berührt durch den Inhalt des § 4 werden somit diejenigen Handwerker, die sich nur mit der Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für andern befassen;[2] sie sind, solange sich ihr Betrieb innerhalb der Grenzen des Handwerks bewegt, überhaupt keine Kaufleute,[3] — wenn er sie überschreitet,[4] Vollkaufleute. Das Gleiche ist zu sagen von den in H. G. B. § 1 Nro. 9 angeführten Druckereien.

2. Auch alle anderen Handwerker, deren Handwerksbetrieb kein Handelsgewerbe nach H. G. B. § 1 enthält, werden durch § 4 nicht betroffen,[5] denn sie sind entweder gar keine Kaufleute oder können Kaufleute nur sein auf Grund der Eintragung der Firma in das Handelsregister, die nur erfolgen darf, wenn ihr Betrieb nach Art und Umfang kaufmännische Organisation erfordert,[6] dann aber sind sie Vollkaufleute; Minderkaufleute können sie niemals sein.

3. Weitaus die Mehrzahl der Handwerker betreibt jedoch ein

---

[1] Da es sich von selbst versteht, dass auf Nichtkaufleute auch die Regeln des Handelsrechts keine Anwendung finden.

[2] Es sind dies im Wesentlichen nur auf Ausbesserungsarbeiten beschränkte Handwerksbetriebe. Dass ein Flickschuster, Flickschneider, Nätherin keine Kaufleute sind, entspricht völlig den Verkehrsanschauungen; „diese kleinen Betriebe unterscheiden sich ohne Weiteres für Jedermann vom übrigen Handwerk"; Kom. Ber. S. 4.

[3] H. G. B. § 1 Absatz 1 Nr. 2.

[4] Der Inhaber somit nicht mehr Handwerker, sondern Fabrikant ist.

[5] z. B. Bauhandwerker; hierher gehören auch die Handwerker, deren Handwerk nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs darstellt. H. G. B. § 3 Abs. 2.

[6] Das ist aber gerade das Kriterium dafür, dass sie in der That nicht mehr Handwerker, sondern Fabrikanten sind. S. u. S. 51.

(in dem Handwerk enthaltenes) Handelsgewerbe, ihr Handwerk besteht zum Teil oder ausschliesslich aus dem gewerbsmässigen Abschluss von Umsatzgeschäften des § 1 Abs. 2 Nro. 1 H. G. B.; sie bilden die Klasse der „handelsgewerbetreibenden Handwerker"; nur diese sind es, auf welche sich § 4 bezieht, nur sie können und sollen Minderkaufleute sein.

Gleichgiltig ist, ob diese Handwerker in ihrem Handwerksbetrieb nur von ihnen selbst bearbeitete oder verarbeitete Waren umsetzen,[1] oder ob sie daneben auch noch fertig angeschaffte Waren unverändert weiter veräussern,[2] sie sind, solange sie überhaupt noch Handwerker sind, stets Minderkaufleute.

Es erhebt sich nun die Frage: Wann überschreitet ein Handwerk die Grenzen, die es vom fabrikmässigen Betrieb trennen; wie lange ist ein Betrieb nach H. G. B. § 1 Nro. 1 als Handwerk zu betrachten, wann fällt er nicht mehr unter diesen Begriff?

Hiefür ist nun nach allgemeiner Ansicht das gleiche Kriterium entscheidend, wie es in § 2 als Erfordernis für die Eintragung der Firma eines Unternehmers ins Handelsregister und die dadurch begründete Vollkaufmannseigenschaft aufgestellt ist: „Wenn der Betrieb nach Art[3] und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert."

Es soll also nicht allein ankommen auf den Umfang, sondern auch auf die internen Verhältnisse des Betriebs, auf das persönliche Mitarbeiten des Meisters, auf die Methode der Herstellung der Arbeitsprodukte (Maschinen oder Werkzeuge),[4] ob hervorragend individuelle Arbeitsleistung nach Handwerksbrauch; — Handwerker bleibt auch bei beträchtlichem Umfang, wer mit seinen und seiner

---

[1] So z. B. Bäcker, Fleischer, meist auch Schreiner, Schlosser etc.

[2] So regelmässig Uhrmacher, Friseure etc.

[3] Ebenso Cosack S. 64,2, — Gareis § 12 S. 71 a, — Lehmann u. Ring S. 39 Nr. 3, — Makower S. 19 III, — Litthauer § 4 S. 13 Anm. 1, — Düringer u. Hachenburg S. 53 II, — Kom. Ber. S. 9 — A. M. nur Staub S. 71 Anm. 3.

[4] Dazu kommt noch, ob vorherrschend das Arbeiten auf Bestellung oder auf Vorrat; Qualität und Zahl des beschäftigten Personals; Grad und

Gesellen Händen das Werk schafft.“[1] Es soll sowohl auf den Charakter des Betriebs ankommen, als auf dessen Umfang, beide Momente müssen, um einen Fabrikbetrieb zu erzeugen, zusammentreffen.[2]

Anderer Ansicht ist Staub;[3] er lässt für die Grenze des Handwerks nach oben, — für die Frage: ob Handwerk oder Fabrik, lediglich den Umfang, die Grösse des Betriebs entscheiden, ohne jede Rücksicht auf die „Art“.[4] Es soll genau das gleiche Kriterium (allein der Umfang) massgebend sein, sowohl dafür, ob ein Betrieb die Grenzen des Handwerks, wie dafür, ob er die Grenzen des Kleingewerbes überschreitet.[5] Somit würde ein Betrieb, der die Grenzen des Kleingewerbes überschreitet stets auch die Grenzen des Handwerks überschreiten, also nicht mehr Handwerk, sondern Fabrik sein und Vollkaufmannsqualität erzeugen.

Diese Auslegung widerspricht jedoch vollständig der Absicht des Gesetzes, wonach auch ein im Grossen betriebenes Gewerbe noch Handwerk sein kann; „auch der im Grossen betriebene Handwerksbetrieb eigne sich nicht für die vollen Rechte und Pflichten des Kaufmanns.“[6]

Da nach Staub's Ansicht die Grenze nach oben für Handwerk und Kleingewerbe die gleiche ist, so wären demnach sämtliche Personen, die zu den Handwerkern des § 4 zählen, zugleich Kleingewerbetreibende; es ergiebt sich somit als Konsequenz, dass die besondere Aufzählung des Handwerks in § 4 völlig überflüssig wäre und nur verwirrend wirken könnte,[7] denn solange ein Hand-

---

Ausnützung der Arbeitsteilung; Beschaffenheit der zur Ausübung des Gewerbebetriebs dienenden Räumlichkeiten etc., „sämmtlich unterscheidende Merkmale, von denen keinem für sich allein oder absolut stets ein entscheidendes Gewicht zukommt.“ Gareis S. 71 II.

[1] Vergl. Lehmann u. Ring S. 39 Nr. 3.

[2] Vergl. dagegen Düringer u. Hachenburg S. 53 u. 54 II.

[3] Staub § 4, S. 72 Anm. 4; § 2, S. 64 Anm. 8.

[4] „Entscheidend ist lediglich der Umfang“. Staub S. 72, Anm. 4.

[5] Staub S. 71 Anm. 3.

[6] Kom. Ber. S. 9.

[7] Denn Staub fasst den Begriff der durch § 4 H. G. B. betroffenen Handwerker so, dass sie notwendig zugleich Kleingewerbetreibende sind.

werk sich in den Grenzen des Kleingewerbes bewegt, fällt der Inhaber ja schon unter den Begriff des Kleingewerbetreibenden.

Staub erreicht mit seiner Interpretation des Begriffes „Handwerk“ genau das gleiche Resultat, welches der von der Kommission abgelehnte Antrag zu § 4: Die Worte „auf Handwerker“ zu streichen,[1] erreichen wollte, nämlich auch beim Handwerk zur Abgrenzung gegen den Fabrikbetrieb nur den Umfang entscheiden zu lassen.[2] Diese Regelung wurde aber ausdrücklich verworfen, es solle hier gerade nicht der Umfang allein entscheiden. Damit ist auch der Auslegung Staubs das Urteil gesprochen.[3]

Die Aufführung der Handwerker in § 4 ist vielmehr gerade für den Fall von Bedeutung, dass das Handwerk im Grossen, d. h. in einer den Umfang des Kleingewerbes überschreitenden Ausdehnung betrieben wird; auch trotz derselben soll es, um seiner inneren Beschaffenheit willen, noch Handwerk und der Inhaber Minderkaufmann bleiben.

Handwerker mit grossem und kleinem Handelsbetrieb sollen stets Minderkaufleute sein.

Wenn nun, wie wir gesehen haben, der Umfang nicht allein über die Frage entscheidet, ob Handwerk oder Fabrikbetrieb vor-

---

[1] Kom. Ber. S. 9 ad § 4.

[2] Im Ergebnis stehen sich die beiden Wege gleich, aber gerade dieses materielle Ergebnis des Antrags, nicht nur der formelle Weg, wurde abgelehnt.

[3] Dass die Interpretation Staubs dem Prinzip des H. G. B.: „Wo Grossgewerbe, da Vollkaufmannseigenschaft“ besser entspricht und nach ihr die Einheitlichkeit des materiellen Erfordernisses der Vollkaufmannsqualität gewahrt und eine einfachere Regelung erzielt wäre, ist richtig; es wäre praktisch nur noch der Unterschied zwischen Klein- und Grossbetrieb festgehalten, die Geringfügigkeit des Betriebs wäre das gemeinsame Kriterium für Handwerk und Kleingewerbe (so Staub S. 72 Anm. 3), somit das einzige für den ganzen Begriff des Minderkaufmanns.

Hier haben wir es aber gerade mit einer absichtlichen Abweichung von jenem Grundprinzip zu thun, da nur durch eine solche dem Handwerk die für nötig erachtete Sonderstellung gewahrt werden konnte.

liegt, so gilt das Gleiche in noch stärkerem Mass von der Einrichtung des Betriebs allein.“[1]

Das Arbeiten mit maschinellen Hilfsmitteln giebt nicht allein den Ausschlag: „ein Handwerker, der einen Motor aufstellt, wird dadurch noch nicht zum Fabrikanten.“[2]

Ein Betrieb der hier in Rede stehenden Art wird vielmehr erst dann ein mehr als handwerksmässiger, „wenn nach dem Umfang des Geschäfts Grossbetrieb anzunehmen ist“;[3] es liegt Handwerk vor „solange das Gewerbe sowenig umfangreich ist, dass es ohne kaufmännische Organisation rationell betrieben werden kann.“[4]

Soweit also für die Frage, ob noch Handwerk vorliegt, als Kriterium der Umfang in Betracht kommt, ist es genau dasselbe wie zur Unterscheidung zwischen Klein- und Grossgewerbe.[5]

Es müssen somit zur Ueberschreitung der Grenzen des Handwerks sowohl Grossbetrieb als fabrikmässige Einrichtung vorliegen; nur wenn diese beiden Erfordernisse zusammentreffen, fällt ein hier in Rede stehender Gewerbetreibender nicht mehr unter den Begriff des Handwerkers, sondern des Fabrikanten, nur dann kommt ihm Vollkaufmannsqualität zu.[6]

---

[1] A. M. Cosack S. 64, 2. Anm.: „Entscheidend ist nicht der Umfang, sondern die Einrichtung des Geschäfts.“

[2] Bolze VI S. 346.

[3] Bolze VI Nr. 346, — Staub S. 72. Soweit ist Staub völlig Recht zu geben, dass die Handwerksmässigkeit nur überschritten wird bei Grossbetrieb, damit ist aber noch nicht gesagt, dass sie stets überschritten wird bei Grossbetrieb.

[4] Staub S. 73 Anm. 4.

[5] Es ist also nicht möglich, dass ein Betrieb zwar die Grenzen des Handwerks überschreitet (somit Fabrik ist), nicht aber zugleich auch die Grenzen des Kleingewerbes. — A. M. Litthauer § 4 S. 13 Anm. 1, der Fabrikanten mit Minderkaufmannsqualität annimmt, da nach seiner Ansicht nur die „Art“ des Betriebs entscheidet.

[6] Ebenso Gareis S. 71 IIa, — Lehmann u. Ring S. 39 Nr. 3, — Düringer u. Hachenburg S. 53II, — Makower S. 10d.

Zu ganz demselben praktischen Ergebnis in Beziehung auf die Frage ob Voll- oder Minderkaufmannsqualität vorliegt, gelangen auch diejenigen, die den Unterschied zwischen Handwerk und Fabrik nur in der inneren

Ob ein Betrieb die Grenzen des Handwerks überschreitet, kann somit nur nach den konkreten Verhältnissen des Einzelfalls entschieden werden.[1]

Der in der Kommission gestellte Antrag, den Handwerkern die Kaufmannseigenschaft überhaupt ganz zu entziehen, sie vom Handelsrecht völlig auszuschliessen, wurde mit vollem Recht abgelehnt, denn eine genaue Grenzlinie zwischen Handwerk und kaufmännischem Geschäft zu ziehen ist nicht möglich, sie gehen häufig in einander über, in den meisten Handwerksbetrieben kommen auch kaufmännische Geschäfte vor.[2]

Die nunmehr vorliegende Unterscheidung zwischen Handwerkern, die Kaufleute sind, und solchen, die es nicht sind, ist eine viel leichter kenntliche, als jene zwischen Handelsgewerbe und Handwerk. Zudem wäre es weder im öffentlichen Interesse noch in dem der Handwerker gelegen, sie völlig vom Handelsrecht auszuschliessen, denn die Verpflichtungen,[3] die ihnen ihre Stellung als Minderkaufleute auferlegt, sind gering und erfordern keine

---

Einrichtung erblicken (so Cosack S. 64 u. Litthauer § 4 S. 13a). Der Unterschied zwischen ihrer Ansicht und der Ansicht der Obengenannten besteht darin, dass die ersteren im Begriff „fabrikmässig" den Grossbetrieb als schon enthalten ansehen; die letzteren jedoch nicht. Für die rechtliche Behandlung ist jedoch dieser Streit illusorisch, denn solange ein Unternehmen sich in den Grenzen des Kleingewerbes bewegt, ist der Inhaber unter allen Umständen Minderkaufmann, mag man ihn nun Fabrikanten oder Handwerker nennen, überschreitet aber der Betrieb den Umfang des Kleingewerbes, dann kommt gleichfalls nach beiden Ansichten dem Inhaber Vollkaufmannsqualität nur zu, wenn auch die Einrichtung nicht mehr handwerksmässig ist; Handwerk und damit Minderkaufmannsqualität sind trotz Betriebs im Grossen nach beiden Ansichten vorhanden, solang die Einrichtung handwerksmässig ist. (A. M. nur Staub s. v. S. 49.)

[1] Wenn dafür nur der Umfang massgebend wäre (Staub) so wäre kein Grund einzusehen, warum hier nicht ebenso wie beim Kleingewerbe (s. u.) die nähere Festsetzung der Grenze der generellen Regelung der Landesregierung überlassen wäre.

[2] Vergl. Kom. Ber. S. 4 zu Antrag 1 u. 2.

[3] Z. B. sofortige Erklärungspflicht über einen Auftrag, — Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns etc.

besondere kaufmännische Vorbildung, während die ihnen dadurch gebotenen Vorteile sehr erhebliche sind.[1]

Besonders sprach auch für diese Regelung ihre bisherige Bewährung in der Praxis; weshalb sollte man diese erprobte und von den Interessenten allgemein anerkannte rechtliche Behandlung der Handwerker fallen lassen und einen folgenschweren Schritt ins Ungewisse thun?

So wenig aber völliger Ausschluss des Handwerks vom Handelsrecht gerechtfertigt wäre, so wenig eignet es sich selbst bei Betrieb im Grossen für die vollen Rechte und Pflichten des Kaufmanns, da dem Handwerker meist die nötige kaufmännische Bildung fehlen wird; es entspricht daher ganz den praktischen Bedürfnissen ihn in die Mittelklasse der Minderkaufleute einzurechnen; — solange Handwerker, solange Minderkaufmann.

B. Kleingewerbetreibende.

Die zweite Gruppe von Minderkaufleuten sind die Kleingewerbetreibenden, oder wie das Gesetz sich ausdrückt: „Personen deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.“

Auch hier kommen nur solche Gewerbetreibenden in Betracht, die Kaufleute sind auf Grund von H. G. B. § 1: „kraft Gewerbes“[2] und zwar mit Ausnahme der in Nro. 2 und 9 und teilweise der in Nro. 5[3] Genannten, da ihr Gewerbebetrieb, um überhaupt Handelsgewerbe zu sein, Grossbetrieb voraussetzt.

Eine Definition des Begriffes „Kleingewerbe“ ist zwar im Handelsgesetzbuch nicht direkt enthalten, jedoch mit Sicherheit aus ihm zu entnehmen.

---

[1] Z. B. das Recht höherer Vorzugszinsen, des Selbsthilfeverkaufs etc.

[2] Da die andern Kleingewerbetreibenden ja überhaupt nicht unter das Handelsrecht fallen, für sie also die Vorschrift des § 4 überhaupt bedeutungslos ist.

[3] Nämlich soweit von Anstalten in Nr. 5 die Rede ist, da in dem Begriff „Anstalt“ der Grossbetrieb enthalten ist.

Kleingewerbe[1] ist demnach ein Handelsgewerbe, das infolge seines unbedeutenden Umfangs sich nicht für die Formen des Grossbetriebs eignet, — das seinem Umfang nach einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.

Das Kriterium für den Unterschied zwischen Klein- und Grossgewerbe ist ausschliesslich der Umfang;[2] die Art des Betriebs ist ja bestimmt dadurch, dass diese Gewerbe, wie schon oben erwähnt, nur solche auf Grund von § 1 H. G. B. sein können.

Erfordert der Umfang des Betriebs keine kaufmännische Organisation, so liegt Kleingewerbe vor, der Inhaber ist daher gemäss § 4 stets Minderkaufmann und es finden auf ihn nicht sämtliche Vorschriften des H. G. B. Anwendung, da sich das Kleingewerbe aus denselben Gründen, wie das Handwerk, nicht für die vollen Rechte und Pflichten der Kaufmannsqualität eignet; ein völliger Ausschluss des Kleingewerbes vom Handelsrecht, wäre noch viel weniger gerechtfertigt als beim Handwerk.

Während nun das n. H. G. B. den Begriff des Handwerks ausschliesslich selbst bestimmt mit Ausschluss jeder landesrechtlichen Kompetenz zu näherer Regelung,[3] hat es in Betreff der Abgrenzung des Kleingewerbes vom Grossbetrieb den einzelnen Landesregierungen die Befugnis genauerer Festsetzung dieser Grenzen erteilt.

H. G. B. § 4 Abs. 3 bestimmt: „Die Landesregierungen sind befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach andern Merkmalen festgesetzt wird."

Diese Kompetenz der Landesregierungen ist also nur eine kraft Reichsrechts ihnen zustehende Berechtigung, nicht auch Ver-

[1] D. h. ein solches im Sinn des § 4 H. G. B.

[2] Dieser Ausdruck wurde von der Kommission an Stelle des Wortes „Umsatz" gesetzt (Kom. Ber. S. 10), „da Umfang der weitere Begriff sei, bei dem alle die verschiedenen Momente, wie Anlagekapital, Umsatz, Ertrag etc. berücksichtigt werden können"; — a. A. Staub S. 74 Anm. 8: „Umfang ist der quantitative Inhalt des Geschäfts".

[3] Im Gegensatz zu Art. 10 Abs. 3 des alten H. G. B.

pflichtung. Machen sie von dieser Befugnis keinen Gebrauch, so ist die Entscheidung: ob Klein- oder Grossgewerbe und somit ob Voll- oder Minderkaufmannsqualität vorliegt, nach Massgabe der Vorschriften des H. G. B. der Entscheidung des einzelnen Registerrichters oder unter Umständen des Prozessrichters[1] überlassen, was natürlich je nach der subjektiven Ansicht der betreffenden Gerichte bei der Allgemeinheit des vom H. G. B. zur Beurteilung aufgestellten Kriteriums[2] in den einzelnen Fällen zu sehr verschiedenen Resultaten führen kann.

Da jedoch in dieser so wichtigen Frage eine vollständig gleichmässige Beurteilung von grösster Bedeutung ist, so ist eine möglichst genaue generelle Festsetzung der Grenze, die das subjektive richterliche Ermessen auf das äusserste einschränkt oder überhaupt ganz beseitigt, die beste Lösung: es muss womöglich ein rein objektives Merkmal aufgestellt werden. Ein solches bietet am besten die nach dem Umfang bemessene Steuerpflicht, denn in ihr zeigt sich der Umfang aller Betriebe in einer nach genau den gleichen Grundsätzen erfolgten Berechnung am klarsten; auf dieser Grundlage könnte demnach eine völlig scharfe Grenzlinie gezogen werden; das subjektive Ermessen des Registerrichters würde ersetzt durch ein absolutes Merkmal, wodurch eine Garantie für völlige Gleichmässigkeit der Behandlung aller, sonst noch so verschiedenen, gleich umfangreichen Betriebe geboten würde; die individuelle Beurteilung würde ersetzt durch eine generelle.

Ieder Kaufmann, der die als entscheidend angenommene Höhe des Steuersatzes erreicht, wäre Vollkaufmann,[3] — jeder bei dem dies nicht der Fall ist, Minderkaufmann; es bedürfte zur Entscheidung nur eines Blickes in den Steuerkataster.

Diese Regelung, gleichmässig im ganzen Reich durchgeführt, würde allerdings völlige Einheitlichkeit schaffen, aber da die Steuergesetzgebung in den einzelnen Bundesstaaten eine ganz verschie-

[1] Nämlich bei erhobenem Rechtsstreit.

[2] Es ist dies, wie oben gezeigt, das durch den Umfang gebotene Erfordernis kaufmännischer Organisation.

[3] Soweit er nicht Handwerker ist.

dene ist, und infolgedessen die genaueren Vorschriften über die Abgrenzung nicht im H. G. B. selbst gegeben werden konnten, vielmehr die Erlassung von solchen den einzelnen Landesregierungen anheim gegeben werden musste, so ist die Gefahr einer nicht einheitlichen Regelung dieser Materie eine sehr grosse, um so mehr, da, wo eine nach dem Umfang bemessene Gewerbesteuer nicht vorhanden ist, die Abgrenzung auch nach anderen Merkmalen[1] erfolgen darf.

Machen die Einzelstaaten sämtlich oder teilweise von der ihnen eingeräumten Befugnis Gebrauch und wenden dabei nicht genau denselben Massstab an, verfahren innerhalb des ihnen gelassenen freien Spielraums nicht genau nach denselben Grundsätzen, so geht damit ein grosser Teil des glücklich erreichten Fortschritts wieder verloren, ist das Resultat statt der so wünschenswerten Einheitlichkeit im ganzen deutschen Reich eine Einheitlichkeit nur in dem jeweiligen Einzelstaat, der die betreffende Bestimmung erlassen hat, aber eine um so grössere Buntscheckigkeit im Ganzen; ja dieser Erfolg ist unvermeidlich, solange keine einheitliche Gewerbesteuergesetzgebung im ganzen Reich vorhanden ist.

Es ist daher das Beste, wenn sämtliche Landesregierungen von ihrer Befugnis keinen Gebrauch machen,[2] so dass die Bestimmung des Begriffs im H. G. B. allein massgebend ist, besonders da sich auf Grund von Präjudicien bald eine gemeinsame feste Praxis für die Beurteilung dieser Frage bilden wird.

Es ist den Landesregierungen nur die nähere Festsetzung überlassen, der im H. G. B. aufgestellte allgemeine Begriff des Kleingewerbes darf also nicht angetastet werden, die Grenze darf nur innerhalb des vom H. G. B. gesteckten Rahmens schärfer gezogen werden.

III. Unterschied in der rechtlichen Behandlung.

Während im Allgemeinen Vollkaufleute und Minderkaufleute nach denselben Grundsätzen behandelt werden und die handels-

[1] Umsatz, Ertrag, Anlagekapital.

[2] Vergl. Staub S. 75 Anm. 10. „Die ohnehin nicht gerade einfache Ordnung dieser Materie würde in eine bedauerliche Unordnung verwandelt."

rechtlichen Regeln meist für beide in gleicher Weise gelten, sind doch gewisse Vorschriften des H. G. B. auf die Minderkaufleute, als für sie ungeeignet, nicht anwendbar; es sind dies die Vorschriften über:

1. Firmen.

a. Firma ist nach § 17 H. G. B. der Name, unter dem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgiebt; von dem Gebrauch eines solchen, rein kaufmännischen Namens nun ist der Minderkaufmann ausgeschlossen,[1] er besitzt keine Firma im Sinn des H. G. B. und ist daher weder berechtigt noch verpflichtet eine solche ins Handelsregister eintragen zu lassen;[2] er muss sein Geschäft unter seinem bürgerlichen Namen führen, wobei dann die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs über Namensschutz[3] auf ihn zur Anwendung kommen.

Dass der Minderkaufmann als zur Firmenführung nicht berechtigt, auch nicht unter einer Firma (also zu Unrecht thatsächlich gebrauchten) klagen oder verklagt werden kann, ist selbstverständlich, ebensowenig kann er sein Handelsgeschäft mit einer Firma, resp. mit der Berechtigung zur Weiterführung seines bürgerlichen Namens weiterveräussern; er würde durch diese Erlaubnis zwar auf den Schutz des § 12 B. G. B. verzichten, aber der Registerrichter hätte dem Nachfolger den Gebrauch dieses Namens als einer Firma zu untersagen.[4]

Lässt der Minderkaufmann unbefugter Weise eine Firma für sich eintragen, so gilt er zivilrechtlich als Vollkaufmann.[5] (oben S. 40—44.)

Der Grund den Minderkaufleuten die Führung einer Firma im Sinn des H. G. B. zu untersagen, lag darin, dass die ihnen

---

[1] H. G. B. § 4 Abs. 1.

[2] Bei Zuwiderhandlung findet H. G. B. § 37 auf ihn Anwendung.

[3] B. G. B. § 12; ev. § 8 des Reichsgesetzes vom 27. Mai 1896 über den unlautern Wettbewerb.

[4] H. G. B. § 37.

[5] H. G. B. § 5, daneben aber § 37.

dadurch gebotenen Vorteile gering wären; der Name unter dem sie ihr Geschäft führen, wird kaum einen erheblichen Wert besitzen, dagegen wäre es für sie äusserst beschwerlich, alle an die Firmenführung geknüpften Pflichten (der Anmeldung, Löschung etc.) erfüllen zu müssen. Auch das öffentliche Interesse sprach für diese Regelung; das Recht zur Führung einer unter Umständen von dem bürgerlichen Namen abweichenden Firma[1] durch Minderkaufleute könnte häufig zu einer Täuschung des Publikums Anlass geben.

2. Handelsbücher.[2]

Während eine geordnete Buchführung die Grundlage des Betriebs eines jeden Vollkaufmanns sein muss, da nur sie es ihm ermöglicht, den Stand seines Geschäftes zu übersehen und es richtig zu leiten, liegt eine solche Notwendigkeit beim Minderkaufmann nicht vor.

Dem Handwerker und Kleingewerbetreibenden kann man unmöglich zumuten Bücher zu führen, Bilanzen zu ziehen, Inventuren zu machen etc., da er die hiezu erforderliche kaufmännische Bildung meist nicht besitzen wird, ausserdem wird auch durch das öffentliche Interesse an der Sicherheit des kaufmännischen Verkehrs eine solche Buchführung beim Minderkaufmann nicht erfordert. Der Nutzen wäre meist ein sehr geringer, die Last für den Minderkaufmann dagegen eine grosse, ja häufig unerträgliche.[3]

3. Prokura.

Auch von dem Recht zur Erteilung einer Prokura[4] d. h. einer nach aussen unbeschränkbaren Vollmacht zum Betrieb eines Handelsgewerbes, sind die Minderkaufleute ausgeschlossen; es

---

[1] im Fall der abgeleiteten Firma.

[2] Wenn § 4 Abs. 1 sagt, dass die Vorschriften über „Handelsbücher" auf den Minderkaufmann keine Anwendung finden, so ist darunter der ganze Abschnitt IV des H. G. B. (§ 38—47) zu verstehen.

[3] Z. B. einem Hausierer, der seine Zündhölzer anbietet, zuzumuten, jährlich eine Inventur und Bilanz aufzustellen, wäre sinnlos.

[4] H. G. B. § 48—53.

rechtfertigt sich das aus der Natur der Prokura als eines nur für den Grossbetrieb zugeschnittenen Instituts, dagegen können sie eine Handlungsvollmacht gemäss den Vorschriften des H. G. B. erteilen.

b. Ein weiterer bedeutsamer Unterschied in der rechtlichen Behandlung von Voll- u. Minderkaufleuten ergiebt sich aus H. G. B. § 351, in dem die Anwendung der §§ 348—350 H. G. B.[1] für Minderkaufleute ausgeschlossen und dieselben für diese einzelnen Geschäfte dem bürgerlichen Recht unterstellt werden.[2]

In § 4 H. G. B. ist eine Verweisung auf § 351 nicht enthalten, obwohl eine solche zu erwarten gewesen wäre, da er dann einen vollständigen Ueberblick über sämtliche für die Minderkaufleute geltenden Ausnahmen, somit eine erschöpfende Darstellung des Sonderrechts der Minderkaufleute gewährt hätte.

c. Der Absatz 2 des § 4 H. G. B. sagt: „Durch eine Vereinigung zum Betrieb eines Gewerbes, auf welches die bezeichneten Vorschriften keine Anwendung finden, kann eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden."

Dieser Absatz 2 ist eigentlich überflüssig, da sich sein Inhalt schon anderweitig ergiebt; es ist in ihm nur die Konsequenz aus H. G. B. § 4 Abs. 1 zusammen mit H. G. B. § 105 und § 161 ausgesprochen.

Voraussetzung der offenen Handelsgesellschaft ist der Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma;[3] eine rechtlich anerkannte Firma kommt aber auf Grund von § 4 Abs. 1 nur solchen Kaufleuten zu, welche ein Vollhandelsgewerbe betreiben, somit folgt mit Notwendigkeit, dass auf Grund eines Kleingewerbes oder Handwerks eine offene Handelsgesellschaft nicht begründet werden kann; das Gleiche gilt von der Kommanditgesellschaft,

---

[1] H. G. B. § 348 Ausschluss der Herabsetzung von Vertragsstrafen; — § 349 Ausschluss der Einrede der Vorausklage, wenn die Bürgschaft für den Bürgen ein Handelsgeschäft ist; — § 350. Gültigkeit mündlicher Bürgschaften, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse.

[2] B. G. B. § 343; § 771, 773; § 766 Satz 1; § 780 u. 781 Satz 1.

[3] H. G. B. § 105.

beide erfordern als Grundlage ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe.

Die ausdrückliche Aufführung und Hervorhebung dieser logischen Folgerung ist jedoch zu erklären und zu rechtfertigen aus der Absicht einer deutlichen Hervorhebung gegenüber den andern Handelsgesellschaften[1], die auch ohne ein Vollhandelsgewerbe als Basis zu haben, begründet werden können.[2] Wie letzteren ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens unter allen Umständen Kaufmannseigenschaft zukommt, so nehmen sie auch eine Sonderstellung ein gegenüber den für die Unterscheidung von Voll- und Minderkaufmannsqualität aufgestellten Kriterien, indem sie auch von der Beurteilung nach diesen ausgenommen sind;[3] auf sie soll H. G. B. § 4 Absatz 1 überhaupt keine Anwendung finden, vielmehr soll ihnen, mögen sie auch nur ein Kleingewerbe[4] zur Grundlage haben, stets die Eigenschaft von Vollkaufleuten zukommen.

Der Grund zu dieser Regelung liegt in ihrer kaufmännischen Organisation, kraft deren sie zur Ausübung der vollkaufmännischen Rechte und Pflichten stets als befähigt erscheinen.

Es finden demnach auf sämmtliche Handelsgesellschaften die vollen, in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften des H. G. B. Anwendung.[5]

IV. Leider hat auch das neue H. G. B. keine klare Antwort auf die praktisch wichtige Frage gebracht: Ist Voll- und Minderkaufmannsqualität in einer Person möglich? Kann der Inhaber von zwei Handelsgewerben, von denen das eine seiner Natur nach Kleingewerbe, das andere dagegen Vollhandels-

[1] S. v. S. 29; nämlich Aktiengesellschaft, — Kommanditgesellschaft auf Aktien, — Gesellschaften mit beschränkter Haftung und eingetragene Genossenschaften (s. v. S. 29 Anm. 2—6).

[2] Ihnen darf die Eintragung nicht um deswillen versagt werden, weil ihr Unternehmen nur Kleingewerbe, oder überhaupt nicht Handelsgewerbe ist.

[3] H. G. B. § 6 Abs. 2.

[4] resp. Handwerk oder ein Unternehmen, das überhaupt kein Handelsgewerbe ist.

[5] H. G. B. § 6.

gewerbe ist, in Beziehung auf das eine Minderkaufmann, in Beziehung auf das andere Vollkaufmann sein, für das eine also sämmtlichen handelsrechtlichen Regeln unterliegen, für das andere von einem grossen Teil derselben ausgenommen sein, oder sind die Begriffe ausschliessend?

Eine Entscheidung über diese Frage hätte man umsomehr erwarten können, als der Streit hierüber schon nach altem H. G. B. bestand, ohne dass eine Ansicht als herrschende hätte bezeichnet werden können: für und gegen beide sprechen gleich gewichtige Gründe.

Obwohl nun das neue H. G. B. direkt zur Lösung dieser Frage nichts beigetragen hat, dürfte es doch, wie einige indirekte Anhaltspunkte[1] ergeben, dem Geist des neuen H. G. B. mehr entsprechen, diese Möglichkeit zu bejahen, also Voll- und Minderkaufmannsqualität in einer Person anzuerkennen.

In diesem Sinn haben sich denn auch fast alle Bearbeitungen des neuen Handelsrechts entschieden.[2]

Voraussetzung für diese Möglichkeit ist jedoch völlig getrennter Betrieb der beiden Handelsgewerbe; hängt das Kleingewerbe mit dem Grossgewerbe zusammen, z. B. kleines Antiquariat mit grosser Sortimentsbuchhandlung, — kleine Druckerei mit grosser Verlagsanstalt, — Weinprobierstube mit grossem Weinhandel,[3] so überwiegt die Vollkaufmannseigenschaft völlig, der Inhaber ist hier ausschliesslich Vollkaufmann.

Hat jedoch ein Kaufmann zwei gänzlich getrennte Ge-

---

[1] So z. B. die Neuerung, dass der Landwirt für das Nebengewerbe Kaufmann sein kann und trotzdem für den landwirtschaftlichen Hauptbetrieb Nichtkaufmann bleibt; eine Regelung, gegen die genau die gleichen Gründe angeführt werden können, dass nämlich ein Betrieb durch das Resultat des andern beeinflusst wird; ferner fällt ein Hauptargument der Gegner, nämlich die absolute Unbeschränkbarkeit der Prokura durch neues H. G. B. § 50 Abs. 3 teilweise.

[2] Vergl. Cosack S. 46 Anm., — Staub S. 77 Anm. 19, — Lehmann u. Ring S. 40 Nr. 5, — Makower S. 18 II, — a. A. Gareis Seite 72.

[3] Beispiele in Busch Archiv Bd. 45 S. 361.

schäfte, z. B. eine kleine Buchbinderei und daneben eine Dampffärberei,[1] so ist er für das eine Vollkaufmann und für das andere Minderkaufmann; er hat hier die Pflicht der Buchführung etc. nur für das Vollhandelsgewerbe.[2]

Eine Zweigniederlassung eines Vollkaufmanns wird der Regel nach mit dem Vollhandelsgewerbe zusammenhängen und daher Vollkaufmannseigenschaft für beide begründet sein.[3]

V. Wenn nun auch der § 4 im Einzelnen in seiner Fassung manches zu wünschen übrig lässt, und der Absatz 3 desselben, wegen der Gefahr, die er für die Einheitlichkeit der rechtlichen Regelung mit sich bringt, vielleicht besser ganz weggeblieben wäre, so treten diese Mängel doch weit zurück im Vergleich zu dem Fortschritt, den er gegenüber dem alten Handelsgesetzbuch für die Bestimmung des Begriffes des Minderkaufmanns bedeutet.

Das alte H. G. B. hatte in Art. 10 die einzelnen Klassen der von ihm zu den Minderkaufleuten gerechneten Kleingewerbetreibenden tabellarisch aufgezählt: „Trödler, Höcker, Hausierer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetrieb"; (wobei „dergleichen" allgemein dahin interpretiert wurde, dass darunter nur solche Kleingewerbetreibende zu verstehen seien, die mit obigen der Betriebsart nach Aehnlichkeit hätten), ferner gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Wirte.

Diese kasuistische Aufzählung hatte den grossen Nachteil, dass eine grosse Zahl von Kleingewerbetreibenden, weil sie zufällig nicht in der Tabelle des Art. 10 alten H. G. B. aufgeführt waren und ihr Geschäftsbetrieb mit dem der Höcker, Trödler und Hausierer keine Aehnlichkeit hatte, auch bei noch so ge-

---

[1] Beispiel bei Cosack S. 64.

[2] Wenn z. B. ein Schuhmacher mit kleinem Handwerksbetrieb sich mit einem Lotteriegewinn von 10,000 Mark an einer offenen Handelsgesellschaft zum Betrieb einer Ziegelei beteiligt, so kann er doch dadurch nicht verpflichtet werden, nun auch über die Geschäfte dieses kleinen Handwerks Bücher zu führen, Briefe aufzubewahren etc.

[3] Vergl. Lehmann u. Ring S. 40 Nr. 5.

ringem Geschäftsumfang nicht zu den Minderkaufleuten gerechnet wurden, sondern unter Vollkaufmannsrecht standen, während dagegen andere Gewerbetreibende wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer der in Art. 10 aufgeführten Klassen, ohne Rücksicht auf den unter Umständen sehr bedeutenden Umfang ihres Betriebs, stets zu den Minderkaufleuten gehörten.[1]

Der Fehler bei dieser Behandlung lag in dem Mangel eines grossen einheitlichen Gesichtspunktes für die Begriffsbestimmung des Minderkaufmanns.

Hier hat nun das neue H. G. B. in § 4 vollständig Wandel geschaffen, indem es kühn mit der ganzen früheren kleinlichen, starren und ungenügenden Kasuistik bricht und an ihrer Stelle ein grosses, klares, einheitliches Grundprinzip für die Minderkaufmannsqualität aufstellt:

„Sämmtliche Kleingewerbetreibende sind Minderkaufleute."

Nun entscheidet nicht mehr das formelle Merkmal der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Klasse von Gewerben, wobei dann die Grösse des einzelnen darunter fallenden Betriebs ganz ausser Betracht bleibt, sondern einzig und allein das materielle eines gewissen Umfangs des in Frage stehenden Einzelbetriebs; auf dieser Grundlage allein ist eine gerechte, den Anschauungen des praktischen Lebens entsprechende Behandlung der einzelnen Betriebe möglich.

Wie auch schon nach bisherigem Handelsrecht dem Handwerk, so kommt nun auch dem Kleingewerbe als solchem Minderkaufmannsqualität zu.

Minderkaufmann ist jeder (aber auch nur der), welcher ein Handwerk oder Kleingewerbe betreibt.[2]

Das neue H. G. B. hat in § 4 eine Form gefunden, um

---

[1] Nämlich Trödler und Wirte; der Grund dieser verfehlten Behandlung lag darin, dass die Charakterisierung als Minderkaufmann im alten H. G. B. stets die ganze betreffende Geschäftsart umfasste und keine Möglichkeit zu einer individuellen Behandlung des einzelnen zu dieser Klasse gehörenden Betriebs bot.

[2] Mit Ausnahme der oben S. 51 aufgezählten Handelsgesellschaften.

jedem kaufmännischen Gewerbebetrieb die rechtliche Stellung zukommen zu lassen, die ihm gebührt; es lässt jedem Gerechtigkeit widerfahren und thut nicht dem einzelnen Unternehmen, nur wegen seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten Klasse, Gewalt an. Nun entscheidet über die Voll- oder Minderkaufmannsqualität nicht mehr die Zufälligkeit der äusseren Form, die Aufzählung in einer Tabelle, der stets eine gewisse Willkürlichkeit anhaften wird, nicht mehr der starre Buchstabe, sondern das Wesen, der individuelle Gehalt des einzelnen Betriebs.

Mag auch der Verkehr neue Formen schaffen, sie werden nicht mehr unter Bedingungen gestellt, die nicht für sie passen, nur weil die Gesetzesmaschine zu langsam und schwerfällig arbeitet, um mit den Anschauungen des praktischen Lebens Schritt halten zu können, — nun braucht es keine neuen Gesetze, nur um auch sie durch Aufnahme in eine geschlossene Tabelle in die entsprechende rechtliche Lage zu versetzen; für das alte Handelsgesetzbuch galt: Der Buchstabe tötet, für das neue H. G. B. gilt: Der Geist aber macht lebendig.